

مكتبة - بيان ديوان القضاة والقضاة

البرقية القضائية

على

رئيس القضاة

قلايها الرئيسية

المستشار الرئيسي

عوض الرئيس

الرئيس الرئيسي للمحكمة العليا

مركز ريتيه - جان دبوي للقانون والتنمية

الرقابة القضائية
على
رئيسة القوانين
في ملامحها الرئيسية

المستشار الدكتور

عوض المير

الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا

إهداء.....

إلى والدي رحمه الله وطيب ثراه

وإلى زوجتي الغالية التي لولا صبرها علي،

وإحاطتها بي، ما كنت شيئاً.



عرفان وتقدير



ما كان لهذا المؤلف أن يظهر في الصورة التي آل إليها، لولا أن رجلاً فريداً، وعالمًا جليلاً عميق المعرفة، وصديقاً عزيزاً، تبتاه، وتحمل شخصياً الجزء الأكبر من تكلفته، ثم أعدده للطبع في مطابع جامعة منجور التي شرفت برئاسته لها إنه الفقيه الكبير والأستاذ الجليل ذو الخلق الرفيع الدكتور/ أحمد القشيري.

وإني إذ أوجه لسيادته تحية من القلب، لأدعو الله تعالى أن يجزيه على خير الجزاء، وأن يكون الله جل علاه، رفيقه في كل خطوة يخطوها.

المستشار الدكتور

عوض محمد المر

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

١- تبأشر المحكمة الدستورية العليا في مصر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وقد عهد إليها الدستور بهذا الاختصاص، وأقردها بتوليده، حتى تنفرد به.

ومنذ إنشائها، وهي تواجه الدستور باعتباره وثيقة ناهضة بالحياة، لا ترتبط مفاهيمها بلحظة زمنية معينة. وإنما تتفاعل مع عصرها، وفق القيم التي ارتضتها الجماعة لتحدد على ضوءها مظاهر سلوكها وضوابط حركتها؛ أخذاً في اعتبارها أن النظرة الأعمق لحقوق مواطنيها وحرياتهم، لا يجوز عزلها عن التنظيم المقارن في الدول الديمقراطية، بما يرد عنها عدول السلطة وانحرافها، وقيم لها ضماناتها، فلا يكون بصرها بأبعاد رقابتها على الشرعية الدستورية، إلا منطوياً بمفاهيمها.

٢- وكان لازماً أن تأخذ المحكمة الدستورية العليا -وهي تتولى التفسير النهائي لأحكام الدستور- بأمرين في اعتبارها:

أولهما: أن النصوص الدستورية لا تعتبر مجرد نصوص توجيهية يطبقها المشرع أو ينحويها وفق إرادته. ولكنها قواعد قانونية بمعنى الكلمة لا تحر عن آمال في الفراغ، ولا عن صرخة في بيداء. وإنما تنقل آمال المواطنين إلى صورة واقعية يمايشونها ويفقدون منها، وهي بذلك لا تتحول عن نزعتها الإيجابية التي تتغير بها ملامح للحياة، ويماد تشكيلها على ضوءها.

ثانيهما: أن جمود بعض نصوص الدستور أو فوطحتها، ما كان ليحول دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لولايتها. وربما أعانتها ذلك على أن تستخلص منها معان أكلل لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تتوافر للدستور بالتالي المرونة اللازمة التي تقتضيها مواجهة أوضاع متغيرة بطبيعتها.

٣- ولا شبهة في أن الرقابة على الشرعية الدستورية -على ضوء ما أصابها من تطور، واقتحامها مسائل تتعدد جوانبها وتباين الآراء حولها- لم تعد اجتهداً قائماً فقط على إعمال حكم العقل. بل صار قوامها في كثير من ملامحها حقائق علمية تجعلها من أفرع القانون التي تستقل عن

غيرها في جوهر أحكامها. وما يميزها اليوم هو اتساع دائرة تطبيقها لتشمل فروع القانون المختلفة بقض النظر عن موضوعها.

ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا تتناول للنصوص القانونية جميعها، ما كان منها مدنياً أو تجارياً أو جنائياً أو عالياً أو ضريبياً، أو واقعاً في إطار مسائل الأحوال الشخصية؛ وإن تعين الفصل في دستوريته على ضوء مناهج الرقابة على الشرعية الدستورية ومعاييرها التي تساندتها المفاهيم الديمقراطية، في صحيح معانيها، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي تمثل من النصف البشرية جوهرها، والتي يرتك تشويهاها بخطاهم إلى الوراثة، فلا يقدمون لأمتهم من جهدهم شيئاً.

٤- يبدو أن لهذه الرقابة مشكلاتها وأهمها:

* أن إعادة كتابة الدستور Rewriting the Constitution غير تطويره. ذلك أن إحداث دستور جديد منفصل كلية عن الدستور القائم، ليس مما تتوخاه الرقابة القضائية على الدستورية التي تتحصو مهمتها في فهم الدستور، وتطوير أحكامه عند الاقتضاء في نطاق دائرة يرتبط فيها هذا التطوير بالنصوص المعمول بها، مع إعطائها معان تكفل مفاهيمها الأكثر تقدماً ليظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع، فلا يكون عصياً على تثبيتها.

* أن التفسير الحق للدستور، إنما يتمثل في النظرة الأتمل للنصوص التي يتضمنها، والتي ترتبط جميعها بوحدة عضوية تجمعها بما يكفل تكاملها. فلا يبدو جزءاً متناثرة، وإنما يقربها التفسير الصحيح لها -وبافتراض تعارضها- من بعضها.

* أن كل تفسير للنصوص الدستور، ينبغي أن ينطلق من تصور مبدئي مؤداه أن أكثر معانيها ضماناً لرقي الجماعة، هي التي ينبغي التزامها ووقفاً عندها.

ويتحقق ذلك بالإطلاع على الأفاق الجديدة التي ترتبط فيها دستورية القيود على حقوق الأفراد وحرياتهم، بضرورتها، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية.

ذلك أن خضوع الدولة بكل تنظيماتها للقانون، مؤداه أن يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي تنمو في الدول القانونية عليها، وتتقيد هي بهاء على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، واستمر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها على تباينها،

لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية^(١).

* أن تنوع حقوق المواطنين وحرياتهم التي يكتفلها الدستور، ويستعرض تطبيقها بما يحقق الأغراض المقصودة منها؛ وأن ترتبط دستورية القيود عليها، بقدر ملائمتها لضمان مباشرتها بصورة أفضل.

كذلك فإن الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تتكامل مع بعضها، وتتكافأ في منزلتها القانونية.

فلا تخرج فيما بينها، وإن كان من المعلوم أنها لا تتعامل في أهميتها، ولا في قدر إسهامها في تطوير مجتمعها. بل يكون لكل منها دور يوفق الأغراض التي رصد عليها.

* أن للدستور يكفل لحقوق المواطنين التي نص عليها في صلبه، الحماية من جوانبها العملية، لا من معطياتها النظرية.

ولأن جاز القول بأن ضماناتها يتحقق من خلال تدابير متنوعة، من بينها تلك التي تتخذها جهة الإدارة؛ إلا أن الوسائل غير القضائية تقتصر في كل الأحوال على أن تقدم لمن يلوون بها، الترضية التي يأملونها، ويقتضونها جبراً من المدينين بها. وبظل أثر هذه الترضية كذلك مقصوراً على من طرق أبوابها.

ولا كذلك جهة الرقابة على الشرعية الدستورية التي يكون لها من حيادها واستقلالها؛ ومن انفرادها بالفصل في المعائل الدستورية؛ ومن الحجية المطلقة لأحكامها التي تقيد الدولة بكل أروعها والناس أجمعين؛ ومن تكافؤ المتقاضين أمامها؛ ما يؤهلها لفرض سيادة الدستور كأساس بعيد لمشروعية السلطة، وليس مجرد ضمان لحرية الفرد.

* أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تردد دوماً القيم السائدة في الجماعة وقت صدور الدستور. إذ لو جاز أن يفسر الدستور بعد سنين من تطبيقه، على ضوء القيم التي عاصرها، لصار الدستور محبراً عن مفاهيم لم يعد للجماعة شأن بها.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٣٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٧٢ من ٤٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

إذا لم يعدل الدستور ليواكبها، ظل واقعاً على جهة الرقابة على الدستورية، مهمة الاستجابة للأوضاع المتغيرة التي تعاشها، لا عن طريق إيجاد نصوص الدستور والفتال معان لها لا يتصور ربطها بها؛ وإنما من خلال النظر إلى مضامين هذه النصوص، وقراءتها بصورة أكثر تقدماً على ضوء نظرة واقعية لا تحيلها إلى جمود يسلبها حقائق الحياة، بل يمد إليها شرايين جديدة تُعِينها على الصمود.

* إن أكثر ما يورق المحنيين بالمسائل الدستورية، أن الفقهاء لا يوجهون عادة اهتمامهم إلى جوانبها العملية، مما أحال دراستهم بشأنها إلى محاولة للتأصيل والتتظير من زاوية مجردة؛ وعلى ضوء شروح نظرية لا تنهل من الأوضاع الواقعية؛ ولا تؤثر في أنماط الحياة داخل الجماعة؛ وكأنهم يلغون دروسهم من شرفة عالية؛ وفي فراغ يحيط بها.

ولم يكن هذا النهج مقبولاً من المحكمة الدستورية العليا في مصر التي أقام جهدها -وبالرغم من حداثة نشأتها- لكثير من المسائل صروحها؛ ولحقوق الأفراد وحررياتهم الحماية الحقيقية من خلال حلول قضائية حازمة منحت ثقة مواطنيها بها، وجعل دورها متنامياً ومؤثراً في فروع القانون جميعها، مدلاً كثيراً من جوهر أحكامها، ناقلاً إليها مفاهيم جديدة لم تألفها، تبلورها آفاقاً شرابية تنصر عن بلوغها حرفة نصوص الدستور.

وما كان لها أن تصل إلى غايتها هذه، بغير دفاعها عن الحق والحرية كطريق لا تبديل فيه، مما سارع بغطاها كقوة لها ثقلها من الناحيتين السياسية والقانونية، وكرائدة لحماية أكثر فعالية لحقوق مواطنيها وحررياتهم، نفاذاً إلى عقولهم قبل قلوبهم، وإثراء لحقل القانون بوجه عام، وعلى الأخص من خلال مفاهيم جديدة توافر القضاء المقارن على تطبيقها في مجال الشرعية للدستورية، وإن أغفلها بعض الفقهاء في مصر.

٥- ولئن ظل خصوم المحكمة الدستورية العليا، يناجزونها عَنَهُم يقوضون بنيانها، إلا أن صراعهم معها كان ميلاً لأهوائهم، ومالاً للسلطة نكولاً عن الحق، وتشويها لكل عمل صادق. ولم يكن ما ادعوه من عدوانها على السلطة التشريعية، وتقويضها لاختصاصاتها للتدريسية، وإضرارها بمصالح عريضة لمواطنيها، وإغلائها بأوضاعهم الاجتماعية التي استطلت ثباتها، إلا بهتاناً.

فالمحكمة لا يعنيه أن تنازع السلطة التشريعية في مواقفها، إلا إذ تجاوزت الحدود التي رسمها الدستور للقوانين التي تقرها.

وتباشر المحكمة ولايتها هذه -لا وفق مقاييس تصطنعها- بل على ضوء ضوابط موضوعية تستلهمها من فهمها للدستور، وربطها بين نصوصه، وتطيلها لغاياتها، وعلى الأخص في مجال القيم التي اعتنقتها المجتمع في مجموع أفرادها، وبمراعاة أن حقوق مواطنيها وحريةاتهم، لا تتحدد وفق ضوابط إقليمية، ولا على ضوء نزعة أحادية، بل بوصفها واقعة لدى إطلال منظومة دولية لها خصائصها.

فلا يفسر الدستور بما يجافيها. خاصة بعد أن صار تنظيمها شاملاً من خلال وثائق دولية تفصل كل حق وكل حرية، وتبين التكفير الفردية والجماعية التي يجوز للتدخل بها لصونها، وعلى الأخص في الدول النامية، والدول الأقل نمواً، التي تميل كثرتها إلى الحدوث على حقوق مواطنيها وحريةاتهم التي صار الإيمان بها في الدول الديمقراطية، جزءاً من أعرافها.

٦- ولا شبهة في أن ولاية السلطة التشريعية لا تطيحها على المحكمة الدستورية العليا التي تراقبها بناء على نصوص الدستور ذاتها، فلا تتقيدان معا بغير أحكامه، ولا تتجرعان عن القيم التي تحتضنها، بل تتوازيان في الفضوع لأوامره ونواهي.

ولا يتصور بالتالي، أن يقع نزاع ذو شأن بين المحكمة والسلطة التشريعية، ولا أن يستعاضا كخصمين يتناحran، إذ هما مؤسستان. فإمامهما الدستور، ليكون تعاونها وفق أحكامه، قاعدة لا استثناء منها.

والقول بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا، قد يتضمن إخلالاً بأوضاع اجتماعية ثابتة، مردود بأن الأوضاع المناقضة للدستور، لا حصاية لها، ولا يصححها قديمها. فضلاً عن أن التسامح مع أوضاع خاطئة، مؤدها تراكمها واتساع دائرة الحدوث التي تحيط بها.

٧- وتزداد أهمية الرقابة على الشرعية الدستورية كذلك، من خلال لمسحابها إلى كل معاهدة دولية تكون مصدر طرفاً فيها.

ذلك أن مثل هذه المعاهدة تعتبر قانوناً بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

ومن ثم تعامل بصورتها كقانون في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية. فلا تخرج عن ولايتها حتى عند هؤلاء الذين يظنون الطبيعة السياسية للمعاهدة على طبيعتها القانونية، أو ينظرون إليها باعتباره تعبيراً عن إرادة سياسية لا تجوز إعاقتها.

بل إن نصوص المعاهدة الدولية تثير صعوبة حتى في مجال تفسيرها وتطبيق قواعد القانون الدولي عليها.

ذلك أن القبول بها ترادفها على أحكامها. قد يكون منقياً. وقد يثير نزاع فسي شأن نطاق تطبيقها، أو في مجال النصوص المتحفظ عليها فيها، أو على صعيد جواز تجزئة أحكامها؛ وإمكان وقفها وإنهائها.

وتظل للمعاهدة في كل صور تطبيقها -لما كان موضوعها- قوة للقانون.

واعتبارها كذلك، يخضعها وجوباً للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن جاز القول بأن مناهج هذه الرقابة وضوابطها في شأن المعاهدات الدولية، ينبغي أن تكون أكثر اتفاقاً مع طبيعتها، وصلتها بروابط الدول فيما بينها.

فلا تتحسس الرقابة القضائية على دستورها، عن مجرد رؤية قانونية لأحكامها. بل تتداخل في تقييمها كل العوامل التي تتصل بمناسبة إبرامها، والأوضاع التي تواجهها، والآثار التي تحدثها في علاقة مصر بغيرها من الدول.

٨- أن الحرية الشخصية لا تعتبر قيمة مجردة من حقائقها، ولكنها تمثل من النظم البشرية أصق خصائصها.

وأكثر ما يؤثر فيها أن تكل القيود عليها على شهوة للحكم، وعلى الأخص من خلال نصوص جنائية لا تستهضم الضرورة الاجتماعية، كنص المادة ٨٠/د من قانون العقوبات.

وصار ضرورياً أن تفرض المحكمة الدستورية العليا رقابتها في أكثر أشكالها صرامة على تلك القوانين، خاصة وأن السلطة لا تتمتع امتيازاً لمن يزلونها؛ ولكنه يباشرها نيابة عن الجماعة ولصالحها ويتقوض منها.

ولا يجوز بالتالي أن تتحسس القوانين الجنائية ليلاما غير مبرر؛ ولا أن تكون شباكاً أو شركاً يلقيها المشرع، متصيداً باتصاعها أو يخفاتها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها؛ ولا أن تكون ذافية لضمائم الدفاع؛ ولا أن تتل من أصل براءة المتهم من خلال قرائن تحكيمية تفرض بها مسؤوليته عن الجريمة؛ ولا أن يساق إلى جزاء يقرره المشرع بأثر رجعي؛ ولا أن تهدر أمنيته من خلال عقوبة تنسم بقسوتها، أو ينأى شذوها مظاهر الاعتدال؛ ولا أن يدان عن الجريمة بوسائل غير قانونية؛ ولا أن تكون الوسائل القانونية؛ إطاراً شكلياً لحقوق صورية في حقيقتها، بما يقوض فرصه في حياة أمنة.

٩- وقد جاوز قضاء المحكمة الدستورية العليا -بمضمونه- حدود إقليمها، وصار لافتاً بأهميته أنظار كثيرين من الفقهاء في الدول الغربية إلى حد قول أحدهم في مؤلفه عن "القاعدة القانونية في العالم العربي" بأن هذه المحكمة -وبالنظر إلى هيكليتها وولايتها وكيفية تشكيلها- أثبتت قدرتها أكثر من أية جهة قضائية غيرها، على أن تطور مدخل متماسكة، وأن تتابعها في كل المسائل الدستورية الأساسية التي تواجه بلدها^(١).

Far more than any other judicial body, the Supreme Constitutional Court, by reason of its structure, jurisdiction and composition, has been able to develop and pursue a consistent approach to the fundamental legal issues confronting the country.

وأمل أن تتأثر المحكمة الدستورية العليا، على أداء هذا الدور، وألا يقطع جهدها في ذلك.

١٠- تلك ملامح عريضة لحقائق لا يجوز إغفالها في مجال بيان الشرعية الدستورية، التي جعل الدستور زمامها بيد المحكمة الدستورية العليا التي ترتبط مهامها بقوة أحكامها؛ وبإصرارها على أن تكون سيادة الدستور حقيقة واقعة؛ وبذلك عن أن تكون طرفاً في صراع سياسي عقيم أبداً كان مداه؛ وبحرصها على أن يكون الحق وحده، قاعدة لكل أحكامها.

فالحق بغير القوة وهم خادع؛ والقوة بغير الحق لا تزيد عن أن تكون شهوة وتسلطاً؛ ومزوجة الحق بالقوة هي الطريق الوحيد لرقابة دستورية أكثر فاعلية، وحرماً.

ومؤلفي هذا اجتهاد على طريق تتواصل خطاه، وأمل أن يكون صلتها في أعم المسائل التي تناولها. فإن أقصر عن أن يحيط ببعض جوانبها، أو أخطأ في بعض أجزائها، فذلك شأن كل اجتهاد.

وما أراه هو أن أتناول أولاً للرقابة على الشرعية الدستورية في ذاتها؛ من جهة مصدرها وضرورتها وطرائقها ومناهجها، وغير ذلك من خطوطها العريضة.

ثم أعرض في أجزاء تالية لحقوق الإنسان وحرياته المدنية والسياسية. فإذا أذن الله لي بأن أتم بحثها. أعقبها بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لنصير إلى خاتمة العقد ممثلة في الحقوق الجديدة -كالحق في التنمية- التي تطور بها الجماعة من نفسها ليحيا الفرد في نطالها متكامل الشخصية حقاً وصديقاً.

والله ولي التوفيق.

د. عوض محمد المر

الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا

(١) Nathan J. Brown [The George Washington University] 'The Rule of law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf', Cambridge University Press, 1997, p. 117.

بسم الله الرحمن الرحيم

الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

تمهيد

(١)

سلطة الدولة

١- إن أكثر ما يميز الدولة، هو احتكارها لسلطة الردع المنظم. وذلك ما يُغايّر بينها وبين كل تنظيم آخر يوجد على امتداد إقليمها، اجتماعيا كان أم سياسيا. فالقوة التي تحوزها الدولة واستعمالها لها بما يحمل الآخرون على الرضوخ لسلطتها، هي التي تعطىها المكانة المتفردة في مجتمعها.

ولم يعد ممكنا مع وجود الدولة، أن يحصل أحد على حق يدعيه، أو على الترضية التي يطلبها لرد عدوان وقع عليه، إلا من خلال الدولة. فلا ينتزع بيده ما يريد اقتضاه. وصار لازما بالتالي، ألا يكون استعمال الدولة لسلطتها القاهرة التي تتفرد بها في مواجهة مواطنيها، مرحليا، وأن تكون هذه السلطة ذاتها أداة لتنظيم سلوكهم الاجتماعي من خلال القواعد القانونية التي تقرضها. وهي قواعد تتفرد وحدها بتقريرها، فلا تصدر عن غيرها إلا بتقويض منها، سواء كان هذا التقويض صريحا أم ضمنيا.

٢- وهذه للقواعد هي التي تشكل في مجموعها القانون الوضعي، وهو قانون لا يتصور أن يكون مضمونه، ولا درجة الحماية التي يكتفلها لحقوق الأفراد وحرياتهم، موحداً بين الدول جميعها، وإن ظل تعبيراً حيا عن سلطة القهر التي تملكها، والتي تبلور بها سيادتها على إقليمها.

كذلك فإن الطبيعة الملزمة لقواعد القانون الوضعي، يفسرها أن الدولة هي التي تحمّل المخاطبين بها -أيما كان مركزهم الاجتماعي- على اللزول عليها.

ومن ثم صبح للقول قانونا، بأن الدولة من أشخاص القانون العام من زاوية إقليمية وسيادية.

وهو ما يعنى دائميتها؛ وتشخيصها لأمتها؛ ولتفصالها عن الشخصية الإنسانية؛ واعتبارها محورا لمصالح مجتمعها؛ واستقلال سلطتها في القهر عن مواطنيها؛ وعلو سيادتها على كل تنظيم تبسط عليه بأسها؛ وانفرادها بتحديد اختصاصاتها وكيفية مباشرتها.

٣- بيد أن مفهوم السيادة تأثر بالنظم الديمقراطية، فوصفها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام ١٧٨٩ بأنها سيادة وطنية^(١)، وركزتها المملكة المتحدة في برلمانها، واعتبرها جان جاك روسو سيادة شعبية.

كذلك وقع التباين بين الدول في كيفية ممارستها. فالنظم الديمقراطية التمثيلية تعهد بها إلى من ينوبهم المواطنون عنهم في مباشرة السيادة. وهي بعد نظم تتغير في مضمونها لنظم الديمقراطية المباشرة التي يزاول المواطنون فيها بأنفسهم خصائص السيادة، ويجمعون مع بعضهم البعض لإدارة الحوار، واتخاذ القرار في كل أمر يتصل بحياتهم اليومية مثلما كان عليه الأمر في الديمقراطية الأثينية^(٢)، وهو ما قام الدليل بعدئذ على استحالة تحقيقه من ناحية واقعية.

٤- وكان ضرورياً لضمان مباشرة السيادة في حدودها المنطقية، وبما لا تحكم فيه- أن تفرض الدساتير نفسها على السلطة السياسية كي تقدها، وألا ننظر إلى الدستور كوثيقة منحها لمواطنيها جهة لية كان قدراها أو موقعها؛ وأن يصاغ بالوسائل الديمقراطية التي يدرج تحتها إقرار نصوصه في شكل قواعد قانونية تقرها جمعية منتخبة، أو طرحها على المواطنين في استفتاء عام لتحقيق توافق عليها.

على أن يكون مفهوماً أن الدستور، وإن تعلق بتنظيم الدولة، وتحديد نطاق وظائفها، وكيفية مباشرتها، إلا أن سيادة الدستور، لا تتحدد بالنظر إلى مضمون القواعد القانونية التي احتواها، وإنما على ضوء الأوضاع الشكلية التي تجعل تعديله عملية معقدة بالغة الصعوبة.

٥- من ثم كان منطقاً ضرورة التمييز بين دساتير مرة تكون لنصوصها المرتبة ذاتها التي تكون للنصوص التشريعية. ودساتير جامدة تحيطها في مجال تعديليها، قواعد إجرائية غير التي يقتضيها الدستور من السلطة التشريعية في مجال إقرارها القوانين أو تعديليها.

(١) قررت الحكومة التمثيلية لأول مرة بفرنسا عملاً بدستور عام ١٧٩١ الذي يقضى بأن الأمة التي تستمد منها كل السلطات، لا يجوز أن تفوضها إلا عن طريق الإثابة.

La nation de qui émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation.

(٢) كان الاجتماع يتم في مكان عام يسمى L'agora ولا تزال هذه الديمقراطية المباشرة تلعب دوراً في بعض الكافونات السومرية.

وهذا التمييز بين الدساتير على ضوء مرونتها أو جمودها، هو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن مناهج الدستور على النظم القانونية جميعها وتصدره لها، لا يتعلق بمضامين نصوصه سواء في مجال تنظيمها للسلطة أو تداولها، أو توزيعها، أو الرقابة عليها، أو تعريفها بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وإنما تتحقق السيادة لنصوص الدستور إذا نظرنا إليها من زاوية الأوضاع الشكلية التي تتصل أولاً بتكوينها؛ ثم بتأسيسها من قبل سلطة عليا تتبقي عنها السلطان التشريعية والتنفيذية، فلا تكونان إلا من خلقها، ولا تقيدان بغير القواعد التي تصدر عن تلك السلطة الأعلى لتحدد لكل منهما نطاق ولايتها.

كذلك فإن هذه الجهة الأعلى، هي التي تحيط بتحليل نصوص الدستور بقواعد لها من صرامتها ما يباير بينها وبين تلك التي تلتزمها السلطة التشريعية في تعديلها لقوانينها.

وبغير هذه الأوضاع الشكلية التي تتصل بعملية تدوين نصوص الدستور، وكيفية تأسيسها وطرائق تعديلها، لا تتحقق السيادة للدستور، وإنما تنزل نصوصه منزلة للقوانين التي تضعها السلطة التشريعية.

بما موداه أن الأوضاع الشكلية وحدها، هي التي تسمو بالدستور فوق القواعد القانونية جميعها. وبدونها لا تكون للدستور -ربض النظر عن الطبيعة الأمرة لقواعده- المكانة الأعلى^(١).

٦- على أن الدستور قد يكون مدونا من خلال إيداع القواعد القانونية التي تنظم السلطة وحقوق الأفراد وحرياتهم، في وثيقة تكون أساسية من جهة طبيعتها.

وقد يكون الدستور عرفيا، إذا كان تطور قواعده قد تحقق من خلال الاقتناع العام بأهميتها وبضرورة النزول عليها، وبغير حاجة لتكوينها، مثلما هو الحال في المملكة المتحدة وإسرائيل ونيوزيلندا.

فلا تكون الدساتير الحرفية إلا ثمرة تطور تاريخي ألغز في النهاية لنصوصها.

(١) دستورية عليا -الضحية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٣١ جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤، ص ٤٠٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية المتأ.

وقد تكون نصوص الدستور مدونة في بعض أجزائها، وعرفية في بعض جوانبها. وقد تكون أجزاءه العرفية مصادمة في بعض ملامحها لجوانبه المدونة. وقد تملأ هذه الأجزاء العرفية فراغا فيما هو مدون من نصوص الدستور، فتكملها.

وقد يتأثر تفسير النصوص المدونة في الدستور، بالقواعد العرفية القائمة إلى جانبها، وإن ظل ثابتا أن القواعد الدستورية العرفية، هي التي تنتم بأطراد العمل بها، والاقتناع بضرورة تطبيقها، والخصوع لها، شأنها في ذلك شأن القواعد المدونة.

وفي الأعم، يكون الدستور المدون جامداً، والدستور العرفي مرنا. بيد أن عموم هذه القاعدة، لا يعني حظر الاستثناء منها. فالدستور المدون قد يكون مرنا، وغير المدون جامداً.

٧- وسواء كان الدستور مدونا أو عرفيا، فإن سيادة الدستور لازمها أن تهيمن أحكامه على كل قاعدة قانونية نالها في مرتبتها.

فلا تتحقق الغلبة إلا لنصوص الدستور التي تعلو بقامتها فوق غيرها من النصوص.

وما الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية- إلا ثمرة لتكرج القواعد القانونية فيما بينها، كل يطوّر القاعدة القانونية التي تكونه، ويجبها عند التعارض بينهما.

فلا يظهر الدستور في النهاية -من خلال هذا التكرج- غير ضامن نهائي لكل حق، ولكل حرية نص عليها.

وهو ما يفترض بالضرورة، أن يكون النظام القانوني -في مجموع مكوناته- متحررا من التحكم، وأن يبلور علو الدستور تصاعدا هرميا في السلطة التي تؤسس القواعد القانونية على تباين مراتبها.

ومن شأن الرقابة على الشرعية الدستورية، القائمة في حقيقتها على تكرج القواعد القانونية، إبطال النصوص المناقضة للدستور.

وهي رقابة لا تصادم الإرادة الشعبية، ولكنها تقويها من خلال فرض نصوص الدستور على الذين يعارضونها، ويأتون عملا على خلافها.

فالسطة التشريعية لا تمثل إرادة أمتها إلا في الحدود التي يكون فيها نشاطها واقعا في إطار الدستور، وموافقا بالتالي لأحكامه.

كذلك فإن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تباشر ولايتها بما يناقض إرادة أمتها، ولكنها تُعنى بأن تعطيها على ضوء القواعد التي حددتها لمباشرة السلطة.

وليس الدستور غير إطار للقواعد التي يبلور بها إرادة الأمة بصورة أكثر صفاً، وصرامة وثيقاً، فلا تجوز معارضتها.

وما يقال من أن السلطة الأعلى ينبغي أن تكون للقانون، وأن مباشرة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لولايتها التي تبطل بها قوانين السلطة التشريعية -التي تتعاون اليوم مع السلطة التنفيذية- تعاوناً وثيقاً لتحقيق الخير العام- قد يؤول إلى عدوانها على السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو إلى إرهابهما بعبود تعطيل مباشرتهما لوظائفهما بصورة فعالة، مردود بأن تفسير القواعد القانونية فرع من تطبيق القضاء لها في نزاع مطروح عليها.

ولا يتع هذا التطبيق بعيداً عن تخرج القواعد القانونية، وإنما يكون تطبيق الدستور وإخضاع كل قاعدة أدنى لأحكامه، جزءاً من عملية التطبيق القضائي للقانون بمفهومه العام.

وهو بعد تطبيق يزداد أهمية مع غموض أو انقراط نصوص الدستور المنظمة لحقوق المواطنين وحرياتهم، وضرورة إخضاعها لضوابط ومناهج في التفسير تكفل لها لأفضل ضماناتها.

٨- وسواء كان الدستور قد أنشأ جهة للرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها، لضمان تصويبها قبل تطبيقها، فلا يكون وجودها تلقاءً أم كان الدستور قد خول هذه الجهة مباشرة رقابتها في شأن النصوص القانونية بعد العمل بها، بما يجيز إبطالها بعد سنين من تطبيقها، وتطلق كـتفسير من الحقوق بها، فإن الرقابة القضائية على الدستورية تنزل ضرورة، فلا يكون التخلي عنها إلا عملاً مخالفاً لجوهر الشرعية الدستورية، بل هو انقضاء عليها.

وتحويل هذه الرقابة لجهة سياسية، سواء بمنحها الاختصاص بالاعتراض على قانون قبل صدوره، أو بإبطال نصوصه بعد نفاذها، لن يكفل لهذه الرقابة فعاليتها، وإن يعطيها دوراً مؤثراً في مجتمعها:

ذلك أن هذه الجهة السياسية في خصائص تكوينها، أن تكون قادرة على الفصل فسي مسائل قانونية بطبيعتها.

وإن يكون تشكيلها كذلك غير عملية انتقالية تتولاها السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية أو هما معاً، لنصطنع بنفسها من خلالها من تقرر بمقاييسها الشخصية، أنه أحق بالتعيين في جهة الرقابة القضائية على الدستور، لتفقد هذه الجهة استقلالها أو حيادها اللذين يعطيانها القدرة على مواجهة هاتين السلطتين وإبطال تشريعاتهما المخالفة للدستور.

كذلك فإن اختيار أعضاء هذه الجهة السياسية من خلال حق الاقتراع، يفرسها من السلطة التشريعية، وقد يعطىها الأهمية ذاتها التي لهذه السلطة، أو يعطىها على الأقل مزاحمة لها، بما قد يعطى نشاطها بصفة نهائية^(١).

ومن ثم حق القول بأنه مما يتفق وطبيعة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تباشرها جهة قضائية لها من ضماناتها وإجراءاتها، ما يجعل عملها أكثر حيوة وإنصافاً.

وليس لازماً أن تشكل هذه الجهة من بين أعضاء السلطة القضائية، وإنما يكفيها أن يكون عملها من طبيعة قضائية، وأن تباشره في إطار قواعد إجرائية تكفل للخصومة الدستورية ضماناتها، وعلى الأقل في هذا الأدنى.

وسواء كانت هذه الجهة محكمة عليا وحيدة لها دور مماثل لدور محكمة النقض مضافاً إليه رقابتها على دستورية القوانين^(٢)؛ أم كان الاختصاص بنظر المسائل الدستورية مقبوعاً لمحكمة مركزية تنحصر فيها الرقابة على الشرعية الدستورية، فلا تشاركها في ذلك محكمة غيرها، مثلما هو الحال في مصر وفي جمهورية ألمانيا الفيدرالية وفي إيطاليا وفي كثير من الدول الأوروبية؛ فإن طرق التقاضي أمامها، والأكثر المترتبة على أحكامها، تتحدد أساساً بنص في الدستور، وقد يصدر المشرع قانوناً مكملاً للدستور في ذلك، وبمراجعة أن رقابة المحكمة في شأن النصوص القانونية

(١) انظر في ذلك مؤلف عنوانه القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، كتبه أربعة فقهاء فرنسيين هم:

Charles Debbasch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude RICCI, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3ed édition, Economica, p.83.

(٢) مثلما هو الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية التي تباشر من خلال ولايتها الاستئنافية، رقابتها على الشرعية الدستورية.

المطعون عليها، تحكمها أصلاً مجموعة من الضوابط تتمثل في شرط الوسائل القانونية السليمة، وشرط العقولية، وشرط التكافؤ في المعاملة القانونية، وشرط حرية التعاقد.

٩- ولئن جاز القول بأن المسائل الدستورية تناقشها عادة أكثر من جهة ممن بينها السلطة التشريعية، إلا أن تحويل جهة الرقابة على الدستورية للكلمة النهائية بشأنها، يجعل صوتها -مرحلاً احكامها هو الأعلى.

بل إن احكامها هذه، ينبغي أن ينظر إليها بحسبانها مورداً متجدداً يغير معاهيم القانون الدستوري، ويثيرها.

ذلك أن نقطة البداية في دراسة مسائل هذا القانون، تبلورها حقيقة التهود التي فرضها الدستور على السلطين التشريعية والتفوضية. وهي قهود لا يجوز لإحدهما أن تعيقها، ولو كان يدها إغواء المال وسطوة القوة^(١).

وكما أقام الدستور إلى جوار هاتين السلطين جهة الرقابة القضائية على الدستورية، فليكن مهمتها أن تفتصر على مجرد ملء فراغ في النصوص، ولا على تفسيرها؛ وإنما هي القيم التي تستصفيها من هذه النصوص، وتطور من خلالها الأوضاع والاقتصادية والاجتماعية القائمة.

بل إن الطول التي تخلص إليها جهة الرقابة، قد ينعقد الإجماع عليها، بالنظر إلى ضرورتها وموازنتها بين المصالح المتداخلة، بما يكفل حماية أقربها لتحقيق آمال مواطنيها وتطلعاتهم إلى مستقبل أفضل.

١٠- وينبغي دوماً أن ننظر إلى نصوص الدستور باعتبارها موجهة إلى أشخاص يتواجدون في مكان معين، وتحيطهم أوضاع لها ظروفها، وآمال يتعلقون بها، فلا تعزل مفاهيم هذه النصوص عن واقعها؛ لتكفل لهؤلاء الأشخاص حقوقهم التي لا يجوز النزول عنها أو إضعافها؛ وحياتهم التي لا يجوز التضحية بها، وحقائق العدل التي يتعين إرساؤها، ومناهج التفسير التي لا تترك آمالهم في معاملة قانونية لا تميز فيها، ولا تخل كذلك بسعيهم إلى سعادة تظلم^(٢).

(١) يقال عادة في الدفاع عن تولى السلطة القضائية الرقابة على الدستورية، إنها سلطة ضعيفة لا تملك سيف المعز أو دمه.

(2) Declaration of independence of the thirteen United States of America, July 4, 1776.

وحقوقهم وحررياتهم وآمالهم هذه، لها غاياتها التي لا يجوز أن تقوضها السلطة سواء بطغيانها أو بزهالتها؛ أو بإنكارها أن للناس جميعهم حقوقاً طبيعية وجوهرية لا يجوز الإخلال بها؛ من بينها حقهم في الحرية الشخصية؛ وفي إرادة الاختيار؛ وفي ملكية بحوزتها ويستأثرون بمنافعها، وفي ألا تنضمهم سلطة لأبائها سوى خلقهم الله تعالى أحراراً - بغير موافقتهم التي يفترض أن تنقيد بحدود الدستور والقانون.

(٢)

بين توحيد السلطة وتقسيمها

١١- تتوحد السلطة باجتماع فروعها ومظاهرها في يد واحدة، سواء في صورة قانونية أو استبدادية. فلا تكون الجهة التي تبشرها إلا قابضة في شخصها وفي مواجهة الدولة - على وظائفها الرئيسية.

وأكثر ما يقع ذلك في النظم لادىكتاتورية التي يحتكر السلطة فيها ويمارسها شخص واحد، وإن تعين القول بأنه حتى في هذه النظم التي تتركز السلطة فيها حول محور ينفرد بها، فإن تركيزها فيه، واحتجازها بيده، لا يفيد بالضرورة، امتناع التخطي عن بعض ملامحها لجهة أو أكثر تمارس اختصاصاتها في شكل مشورة تبديها، وعلى الأخص كلما كان ذلك ملائماً من أجل إنفاذ مظهر الديموقراطية.

وحتى في الأحوال التي توجد فيها سلطتان هما السلطة التشريعية والتنفيذية، فإن توحيد السلطة كثيراً ما يتحقق بإخضاع أولاهما للثانية.

ولا يقال عكس ذلك بأن السلطة جميعها، وفي كل أشكالها، بيد جهة واحدة، وإنما الأقرب أن ننظر إلى السلطة المهيمنة على أساس أنها تفرض إرادتها على غيرها، فلا تملك السلطة الخاضعة إلا الانتماء بتوجيهاتها.

وهو ما يعنى أننا أمام سلطتين لا تتوزيان قدرًا ولا تتكافآن أهمية. وإنما تمتص الأولى السلطة التي تقابلها، وتحيلها إلى صورة رمزية لا قيمة لها، لتتسلط السلطة الحاجزة هي الأعلى، تحيط بتسلطها حقوق مواطنيها وحررياتهم، بما يفقدها جوهرها.

١٢- وقد تتوحد السلطة كذلك من خلال سيطرة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية بما يبرز منها قرصة المبادأة في اتخاذ القرار، ويخضعها سياسياً لسلطة السلطة التشريعية، سواء فسي صورة واقعية أو قانونية تجد سنداً - عند المدافعين عنها - في أن المبادأة لا يجوز تجزئتها بين أكثر من جهة، وإنما يتعين تركيز الإرادة الوطنية في السلطة التشريعية التي تتفرد بالتعبير عنها، والتي تتخذ من أجل تحقيقها كل التدبير والأعمال الهامة في حياة وطنها، مع التخلي عن بعض المهام التي لا يسعها أو لا يلائمها اللجوء بها، إلى سلطة أخرى نقيماً إلى جانبها، ويتبني عنها، فلا تعادها في اختصاصاتها ولا في وزنها^(١).

(٣)

فصل السلطات من خلال توزيعها

١٣- بيد أن تطوراً عميقاً في المفاهيم القانونية والفلسفية والخلقية، حمل في ثناياه فصلاً للسلطة من خلال توزيع مظاهرها بين أكثر من جهة، واتخذ هذا الفصل صورتين يكون في إحدهما كاملاً؛ وفي أخرىهما مرناً أو نسبياً.

وهو يكون كاملاً وصارماً، حين تتكافأ السلطة التنفيذية قانوناً مع السلطة التشريعية، فلا تباشر السلطة التنفيذية اختصاصاتها بتفويض من السلطة التشريعية، ولكنها تتلقاها مباشرة من أمتها. كذلك لا تباشر السلطة التشريعية امتيازاتها من خلال خضوعها للسلطة التنفيذية، ولكنها تستقل عنها فسي ممارستها، وقام الدليل بحدوث من الحقائق التاريخية، على أن فصل هاتين السلطتين عن بعضهما فصلاً كاملاً، ليس إلا تصوراً نظرياً وعقياً. ذلك أن السلطتين التشريعية والتنفيذية يزاوجهما قدر من التعاون، يقتضي أن يكون الفصل بينهما مرناً، فلا يعملان كجزيرتين منعزلتين في بحر خصم؛ ولا يقعان وراء جدران حاجزة؛ ولا يقيمان حدوداً قاطعة بينهما تتحدر بعلاقتها ببعض إلى أدنى مستوياتها. وإنما يكون التعاون بينهما إيجابياً متصاعداً وخلاقاً. وهو تعاون لا يفترض استقلالهما عن بعض بصورة كاملة، وإنما هو التداخل - بالتقابل - بين ولايتهما.

(١) وجدت حكومة الجمعية التشريعية في فرنسا مع دستور ١٧٩٣، وقد أنشأت هذه الجمعية بنفسها مجلساً تنفيذياً من ٢٤ عضواً عينتهم الجمعية لا يملك في مولايتها سلطة التقرير، فلا يكون المجلس إلا تابعاً للجمعية التي لا تغشاها. ويختلف نظام هذه الجمعية بذلك عن النظم البرلمانية، ذلك أن البرلمان وإن كان يملك إسقاط الحكومة، إلا أن الحكومة بوسعها حل البرلمان بشروط معينة.

١٤- وقد دافع Montesquieu -في مؤلفه روح القوانين- عن تقسيم السلطة بين أكثر من فرع ليختص كل واحد منها ببعض مظاهرها، مع فصل الأفرع المختلفة التي تبثّر السلطة عن بعضها، قائلاً بأن الدولة مهام اجتماعية رئيسية تبلور وظائفها المختلفة. وتتمثل وظائفها هذه في سلطة عمل القوانين وتصحيحها وإلغائها؛ وسلطة تنفيذ هذه القوانين وإدارة الشؤون الدولية؛ وسلطة معاقبة الخارجين على القانون، والفصل فيما يرضه الأفراد عليها من نزاعاتهم.

ولم يكن ما قرره Montesquieu على هذا النحو، من ضرورة تقسيم السلطة وفصل أفرعها عن بعضها، جديداً كل الجدة، بل سبقه John Locke إلى ذلك فيما قرره أن من اجتماع سلطة القانون وتنفيذه في يد واحدة، يخلو حق التحلل من القوانين التي أقرتها، والعمل على توقيفها -سواء عند إقرارها أو تطبيقها- مع مصالحها الخاصة.

ولكن الجديد عند Montesquieu هو القاعدة التي يرد إليها مبدأ الفصل. وحاصلها أن السلطة بطبيعتها تميل إلى العدوان، وأن إلزامها حدود الاعتدال، ينبغي أن يكون هدفاً ثابتاً ضماناً للحرية وتوكيداً لها، فلا تنزع السلطة موطنها، أو تثير خوفهم منها.

ولا يجوز بالتالي أن تبثّر جهة واحدة، مظاهر السلطة في أكثر جوانبها أهمية. بل يتعين تقسيمها بين سلطة تشريعية، وسلطة تنفيذية، وسلطة قضائية، تأسيساً على أن توزيعها على هذا النحو ضمان للحرية، وإعلاء لقررها^(١)، على أن يكون مفهوماً أن الحرية لا ترخص لأحد بإتيان ما يراه من الأعمال، ولكنها تعمل في إطار الدستور والقانون اللذين يحددان لكل فرد دائرة الحقوق التي يملكها والتي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون.

بما مؤده أن الحرية هي حق إتيان الأعمال التي يرخص الدستور أو القانون بها، ويأذن كذلك بإجرائها في إطار من الشروط المنطقية التي تكفل توافق هذه الأعمال مع قيم الجماعة ومصالحها.

ولا يتأتى ضمان هذه الحرية بالتالي بغير مراعاة موازين الاعتدال *La modération* التي تحول دون إساءة استعمال السلطة وانحرافها، ذلك إن الحقائق التاريخية على امتداد العصور، تشهد

(١) وقد تكرر براءه مونتسكيو بعض القضاة الأمريكيين الذين يرون أن الفصل والتوازن بين السلطات بوجه عام ليس بقرار يقصد مجرد ضمان حكومة نافذة على النهوض بأعبائها، بل كذلك لصون الحرية الفردية وضمانها.

The purpose of the separation and equilibration of powers in general, was not merely to assure effective government, but to preserve individual freedom. See, Scalia dissenting opinion in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, (1988).

بأن الذين يحوزون السلطة، يميلون إلى استخدامها في غير أغراضها، وأن منعه من مجاوزة الحدود المنطقية التي يباشرون السلطة من خلالها، يقتضى حملها على الاعتدال والمعوقلية. ولا يكون ذلك إلا من خلال مقابلة السلطة التي يباشرونها بسلطة توقفها *Le pouvoir arrête le pouvoir*.

ومن ثم كان اجتماع السلطتين التنفيذية والتشريعية في يد واحدة، إنهاء للحرية التي تُمنحها قوانين سيئة يتم تنفيذها بصورة عدوانية.

كذلك فإن دمج للسلطة القضائية في السلطة التشريعية يحيل قضائتها إلى مشرعين يعصفون بالحرية أو يستبدون بها. وإحاقهم بالسلطة التنفيذية يمنحهم قوة القهر، ويبد لهم شرابيين الطغيان.

ولا مفر بالتالي من فصل كل سلطة عن غيرها، مع ضرورة أن تعمل جميعها بتناغم فيما بينها حتى لا يؤول هذا الفصل إلى تعويق حركتها.

(٤)

تقسيم السلطة ضمنان ضد الطغيان

١٥- بيد أن تقسيم السلطة بين أفرعها وفصلها عن بعضها البعض، وإن كان ضمانا ضد الطغيان، وتوثيقا للحدود التي احتجز الدستور داخلها ولاية كل فرع منها؛ وكان ثابتا كذلك أن هذا الفصل لا يجوز أن يكون مطلقا، ولا منها كل تعاون بين أفرع السلطة فيما بينها، ولا حاللا دون تبادلها الرقابة فيما بينها، بما يوازن بعضها ببعض^(١) *Cheques and balances*؛ إلا أن نطاق الولاية التي يباشرها كل فرع وفقا للدستور، قد يشوبها غموض يؤول إلى تنازع الأفرع الثلاثة فيما بينها *Conflict - producing ambiguities*، وإلى فضها لخلافاتها عن طريق القوة السياسية التي تحتكم لها بما يسفر أدواتها في الصراع لتحقيق مصالحها الضيقة.

وفي ذلك خطر كبير لا يقيم أظافره غير فتران فصل السلطة بالعمل على منع تركيزها بصورة متزايدة في جهة واحدة^(٢).

(١) يتداخل عمل هذه الأفرع مع بعضها. فحق الاعتراض على قانون صدر عن السلطة التشريعية مخول لرئيس الجمهورية. وحق اتهام رئيس الجمهورية في شأن الجرائم التي ارتكبتها، مخول لأعضاء السلطة التشريعية.

(٢) Gerald Gunther, Constitutional Law, 12th edition, Westbury, New York, The Foundation Press Inc, 1991, p.311.

ويظل واضحاً أن فصل أفرع السلطة عن بعضها، مرده إلى نصوص الدستور ذاتها التي لا يجوز -في مجال تحديد معانيها- أن ننظر إلى كلماتها وحدها، بل ينبغي أن نعتد بما نقرؤه بين سطورها من مفاهيم كتبتها الحياة فوقها^(١).

It is inadmissible by narrow conception of constitutional law to confine it to the words of the Constitution, and to disregard the gloss which life has written upon them.

بما موداه أن العمل الصادر من السلطة التنفيذية - ولو كان الدستور لا يظاها به بنصوص صريحة - لا تجوز معارضته، إذا كان ترديداً لأعمال أُنشأت من قبل بصورة مطردة، ولأزمان مترامية، وكان لتصل هذه الأعمال بعلم السلطة التشريعية -وبغير منازعة منها- ثباتاً على امتداد حلقاتها.

(٥)

فصل السلطات لا ينبغي تداخلها

ولئن صح القول بأن فصل السلطة وفقاً للدستور -يتحقق من خلال اختصاص كل فرع ببعض مظاهرها، إلا أن التداخل الجزئي لبعض هذه المظاهر مع بعضها من خلال تعاون الأفرع التي تباشرها- لا يعنى تمجها ببعض *Partly interacting and not wholly disjoined*.

وينبغي أن يلاحظ كذلك ما يلي:

أولاً: أن لكل فرع سلطاته الضمنية اللازمة عقلاً لإفاد مجموع سلطاته التي صرح الدستور بها، فلا تكون سلطاته الضمنية، إلا كامنة في سلطاته الممنوحة، وضرورية لمباشرتها.

Powers implied from the aggregate of express powers granted under the constitution.

فالسلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم عملية الاقتراع وتأمينها بما يصون تكاملها، ويحول دون تطرق الرشوة إليها أو إفسادها على نحو آخر، فرع من سلطاته في أن يعمل على صون أجهزة الدولة ومؤسساتها مما يحوق حركتها أو يدمر بنيانها.

(١) Justice Frankfurter concurring opinion in *Youngstown sheet & Tube Co. V Sawyer* [The steel Zeizure Case] 343 U.S. 579, (1952).

وكل اختصاص صرح الدستور به لجهة بعينها، يندرج فيه ضمنا ما يكون لازما لمباشرته بصورة فعالة. فاختصاص رئيس الجمهورية بإعلان الحرب، يخوله ضمنا اتخاذ التدابير اللازمة لتسيير الجيوش بعد إعدادها ونهيتها للقتال^(١).

لما في نطاق الشؤون الخارجية، فإن حقوق الدولة وسلطانها تعادل تلك التي تكفلها قواعد القانون الدولي لغيرها من الدول. ذلك أن الدولة تعتبر عضواً في الأسرة الدولية، ولها بالتالي كافة الحقوق التي تتكافأ فيها مع غيرها من الدول دون نقصان، وإلا كان القول بتمتعها بالسيادة الكاملة وهما.

ومن ثم تعتبر الحقوق المقررة لغيرها من الأمم ثابتة لها، ولو لم ينص للدستور عليها^(٢). ومن بين هذه الحقوق، سلطاتها في إعداد غير المواطنين في إقليمها، وسلطانها في منحهم من دخول إقليمها وتنظيم شروط إقامتهم فيها^(٣)، وإقرار القوانين اللازمة لتحديد إطار علاقاتها الخارجية مع غيرها من الدول.

ثانياً: على الدولة بكل سلطاتها -دون ما نص في الدستور- أن تتخذ التدابير اللازمة لإنفاذ التزاماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم The Law of Nation.

ولا يجوز لها على الأخص أن تلحق ضرراً بغيرها من الأمم التي تسالها، ولا بمواطنيها الموجودين في إقليمها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن <<التدابير المصرية جميعها، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه -لها بين أحوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها- من مخاطر تلوح نذرهما أو تشخص

(١) كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بإبرام معاهدة دولية، يخوله ضمناً حق إبرامها إذا لم يحدد الدستور سلطة الإنهاء على نحو آخر.

(٢) ينبغي أن يلاحظ أنه على صعيد الدول الفيدرالية، فإن الحكومة المركزية هي التي تتمتع بالسيادة في مجال الشؤون الخارجية. أما ولاياتها فلم لها نصيب منها.

(٣) يعتبر الحق في إعداد الأجنبي من الإقليم من أصال السيادة، بل إن هذا الحق لا يقع في اختصاص السلطة التشريعية وحدها وإنما يعتبر كائناً في نطاق ولاية السلطة التنفيذية في مجال إدارتها للشؤون الخارجية.

الأضرار التي تولكبها، ولو لم تكن هذه المخاطر من طبيعة مادية، بل كان من شأنها أن تستلخص واجب الدولة في التدخل تشريعياً لمواجهة التزاماتها الدولية التي حل أجل إيفائها^(١).

ثالثاً: تقتصر مهمة السلطة التشريعية على إقرار القوانين التي ترتبها ملائمة أو ضرورة لمواجهة أوضاع قائمة في مجتمعها. وليس لها بالتالي أن تفصل فيما إذا كان المخاطبون بسببها قد استوفوا شروط تطبيقها، وإلا كان ذلك يتخلل منها في شؤون السلطة القضائية.

رابعاً: لا يجوز لأية سلطة، أن تتدخل في اختصاص أفراد الدستور لغيرها، ولو كان تدخلها أكثر ملاءمة، أو كان القرار الصادر عنها أكثر موضوعية.

ذلك أن موضوعية أو ملاءمة قراراتها الصادرة فيما يجاوز اختصاصها، لا يبرز في إطار الأغراض الأولية التي تتوخاها للنظم الديمقراطية.

خامساً: إن تقسيم السلطة بين الفرع ثلاثة تتولاها، وفصل هذه الأفرع بعضها عن بعض، وإن أحياناً إلى تنازعها، إلا أن تعاونها وتدخل اختصاصاتها في بعض صورها^(٢) بمرآة بعضها لبعض، توحي دوماً أن يكون نقاشها حول المسائل التي تتصل بمصالح مواطنيها في مجموعهم، حياً، مفتوحاً، وعريضاً^(٣).

(٦)

حد السلطة هو مباشرتها لولايتها وفقاً للدستور

١٦- ويرعى الدستور الحدود التي تباشر فيها كل سلطة ولايتها، بما تتفق وطبيعة وظائفها، ما لم يكن خروجها على وظائفها الطبيعية مكافئاً بنص خاص في الدستور، كحق رئيس الجمهورية في اتخاذ تدابير لها قوة القانون في حالة الضرورة وفقاً لنص المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - ص ٢٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، وتعتبر تدخلها في العملية التشريعية. كذلك فإن حق الكونجرس في الولايات المتحدة الأمريكية في اتهام بعض الموظفين عن طريق مجلس النواب، ومحاكمتهم بواسطة مجلس الشيوخ، تعتبر تدخلها في الوظيفة القضائية.

(٣) Justice Powell Concurring opinion in INS v. Chadha 462 U.S. 919, (1983).

وليس للسلطة التشريعية بالتالى أن تحصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها حق اتهامهم ومحاكمتهم عن جرائم نص عليها بالنظر إلى خطورتها^(١).

فإذا لم يكن الدستور قد منحها هذا الاختصاص، فإن تدخلها فى الطريقة التى يتم بها تنفيذ القانون، يخل باختصاص مقرر أصلا للسلطة التنفيذية وفق طبيعة وظائفها. وينبغى أن يعامل هذا التدخل كاعتراض مرفوض من جانبها، على مباشرة السلطة التنفيذية لولايتها المنصوص عليها فى الدستور.

ويظل تدخل السلطة التشريعية، على النحو المتقدم، مخالفا للدستور، ولو كان القانون الصادر عنها قد خولها حق فصل القائمين على تنفيذ القانون لانعدام كفاءتهم، أو لإهمالهم فى أداء واجباتهم، أو لسوء إدارتهم للوظيفة التى يتولونها.

ذلك أن أسبابا للفصل كهذه، تنتم بتميعها وبتساع مفاهيمها، وخروجها على القواعد اللازمة لضبط النصوص القانونية، بما يمنح السلطة التشريعية حق إيقاع جزاء بناء على وقائع صاغتها بنفسها فى حدود غير ضيقة. كذلك فإن مباشرتها لهذا الاختصاص، يعنى تقييمها لأعمال هؤلاء الموظفين للفصل فى تطابقها مع الأغراض التى توختها تشريعاتها، وأن تحكيم عن وظائفهم إذا باثروها على نحو يستبر فى تقديرها خروجاً على مقاصدها من القوانين التى أقرتها.

بل يجوز لها كذلك فصلهم، ولو كان نقضهم للأغراض النهائية لهذه القوانين، محتملا. وهو ما لا يأذن الدستور فيه، أو يرخص به.

وحتى لو صدر عن السلطة التشريعية قانون يخولها حق تعيين موظفين يتولون مراقبة تنفيذ قانون الميزانية، ويكونون مسئولين قبلها، فإن تعيينهم استقلالا عن رئيس الجمهورية، يخل بأوجبها المنصوص عليه فى الدستور فى أن يرقى أمانة تنفيذ القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية. ولا يجوز بالتالى أن تحكر السلطة التشريعية لنفسها حق فصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها هذا الاختصاص.

(١) من بين هذه الجرائم وفقا للدستور الأمريكى، جرائم الخيانة والرشوة.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون قرار السلطة التنفيذية بفصل موظفيها لخروجهم عن حدود واجباتهم، مطلقاً نفاذه على موافقة السلطة التشريعية.

١٧- وتساون الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، لا يدخل أحد هذه الفروع العنوان على اختصاص قراره الدستور لفرع آخر.

ذلك أن استقلالها المطلق عن بعضها البعض وإن كان غير متصور، إلا أن الفصل بينها يدل بالضرورة على أن الاختصاص المحجوز لكل منها، لا يجوز سلبه، وإلا كان التداخل فيه غصباً للسلطة Usurpation of Power.

يؤيد ذلك إن ما توخاه الدستور من ضمان قدر من التعاون بين الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، مع مراقبة بعضها لبعض في الحدود التي نص عليها، هو تحقيق نوع من التوازن بين سلطاتها بما يجعل هذه الأفرع متكافئة في وزنها، ومما ينالض تساويها وتوازنها، أن يعد فرع من بينها إلى أن يقبض بيده على مظاهر السلطة جميعها، أو على جوانبها الحيوية، ولو كان ذلك بصورة تدرجية، وتراكمية.

ذلك أن الاختصاص لا يباشر إلا كاملاً دون نقصان، ولا يخلص إلا للجهة التي تتولاه وفقاً للدستور^(١).

A system of separate and coordinate powers necessarily involves an acceptance of exclusive power that can theoretically be abused.

فضلاً عن أن عنوان فرع على اختصاص مقرر لفرع آخر - ولو كان ذلك بصورة جزئية، أو والعا في منطقة قليلة الأهمية - لا يقل سوءاً عن إنتهاك هذا الاختصاص بصورة كاملة أو جوهرية.

ويظل مخالفاً للدستور بالتالي، كل عنوان على اختصاص لأحد الأفرع السلطة، ولو كان لا يدخل جوهر وظيفتها، بل يمسها بصورة جانبية.

(١) Justice Scalini dissenting opinion in Morrison V. Olson 487 U.S. 654 (1988).

ذلك أن التمييز بين ما يعتبر جوهرياً أو ثانوياً من مضمون الاختصاص، لا يقوم على فواصل دقيقة أو معايير حادة. ومثل هذا التمييز يدفعنا كذلك إلى أغوار عميقة يتعذر مبررها^(١).

ولا يجوز بالتالي أن نحقق في للدرجة التي انخفاض إليها الاختصاص، ولا في نوع أو قدر العوائق التي تعترض جريانه. فالاختصاص هو الاختصاص؛ إما أن يباشر كاملاً غير منقوص، وإما أن تكون الحكومة غير خاضعة للقانون على الإطلاق.

ويتفرع عن هذا الأصل:

* أن العدوان على اختصاص السلطة التنفيذية في مجال مراقبتها لأعمال موظفيها، وفصلهم إذا هم خرجوا على واجباتهم، لا يكون مبرراً، ولو قيل بأن أعمالهم تخالفها ملامح تشريعية أو قضائية.

ذلك أن التمييز بين وظيفة تنفيذية صرفه، ووظيفة شبه تشريعية Quasi - legislative وأخرى شبه قضائية Quasi - Judicial، يقتد إلى ضوابط موضوعية، فلا يكون سائفاً في حكم العقل.

* أن حق السلطة التنفيذية في التخلي عن اعترافها بحكومة أجنبية، يخولها إنهاء معاهدة دفاع متبادل أبرمتها معها، ولو كان الدستور قد شرط لتصديقها على هذه المعاهدة وإنفاذها بالتالي فيما بين أطرافها، أن تكون السلطة التشريعية قد أقرتها قبل التصديق عليها. ولا يجوز أن يقال علناً بأن إنهاء السلطة للتنفيذية لمعاهدة قائمة، يعد من المسائل السياسية التي لا يجوز لجهة قضائية أن تخوض

(١) وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة. وهي باعتبارها كذلك تنصدر قواعد النظام العام. وإن كان الدستور قد حدد لكل سلطة عامة وظائفها الأصلية وما تباثره من أعمال أخرى لا تدخل في نطاقها، بل تعد استثناء يرد على أصل انحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعتها ووظيفتها؛ وكان الدستور قد حصر هذه الأعمال الاستثنائية، وبين صورة تفصيلية لقواعد ممارستها، فقد تعين على كل سلطة في مباشرتها لها، أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردّها إلى ضوابطها الدقيقة التي عليها الدستور، وإلا وقع عملها مخالفاً لأحكامه.

دستورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ من ٢٩٤ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فيها، ذلك أن إنهاؤها لهذه المعاهدة بقرار منفرد منها، يعتبر نتيجة عرضية مترتبة بالضرورة على سحبها لاعتراقها بالحكومة الأجنبية التي كانت ترتبط معها بهذه المعاهدة^(١).

١٨- والسلطة التشريعية كذلك، ولو قبل اكتمال مدة التفويض الصادر منها لرئيس الجمهورية، أن تنتهي، ولو لم يكن رئيس الجمهورية قد جاوز حدود هذا التفويض.

ولا يعتبر القانون الصادر عنها بإنهاء التفويض، تدخلًا منها في اختصاص مغلول لرئيس الجمهورية، ولكنها تستعد بإنهاء التفويض، ما نقص من ولايتها التشريعية بمقتضاه.

كذلك فإن إكثار السلطة التشريعية من صور التفويض التي تمنحها الرئيس الجمهورية بما يندل على تخلوها عن وظائفها التشريعية في جوانبها الأكثر أهمية Excessive Delegation، يثر بالضرورة مسئوليتها السياسية، ويطرح كذلك مخالفة هذا التفويض للأعراف.

ذلك إن الأصل هو أن تباشر السلطة التشريعية بنفسها ولايتها كاملة، فلا تتكلى لغرها من خلال التفويض- عن اختصاص كافة الدستور لها، إلا وفق أحكامه، وفي أضيق الحدود، وبشروط تكفل تحقيق التفويض سواء من جهة طبيعة المسائل التي يتولوها، أو الأسس التي يقوم عليها تنظيمها، أو المدة التي ينحصر فيها- للأغراض التي يتوخاها.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا، >> بأن ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من تفويض رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، الحق في إصدار قرارات لها قوة القانون، مؤداه أن حالة الضرورة والأوضاع الاستثنائية، هما للذات بهيئتان تفويض رئيس الجمهورية في مباشرة بعض مظاهر الولاية

(١) أثار نزاع في الولايات المتحدة الأمريكية بعد احتراقها بحكومة الصين الشعبية وسحبها لاعتراقها بحكومة تايوان. ذلك أن تخلوها عن الاعتراف بحكومة تايوان جعلها على إلغاء معاهدة الدفاع المشترك التي كانت قد أبرمتها معها مما دفع بعض أعضاء مجلس الشيوخ الأمريكي أرفع دعوى أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة بترحيلها عنها على إنهاء رئيس الجمهورية لمعاهدة الدفاع هذه بقرار منفرد من جانبته في الوقت الذي يتطلب فيه الدستور الأمريكي موافقة ثلثي أعضاء مجلس الشيوخ على المعاهدة قبل التصديق عليها. إلا أن المحكمة لم تقبل الدعوى ورفضتها دون النظر في موضوعها، وانقسم قضاؤها فيما بينهم حول أسباب الرفض، وإن قلل أربعة منهم بأن القضية تثير مسائل سياسية لا يجوز الخوض فيها، وقرر أحد قضاتها بأن النزاع المعروض لا يدخل في نطاق هذه المسائل.

التشريعية، وهما طرفان لا يجوز أن تترخص السلطة التشريعية فيهما، ولا أن تصرفهما على نحو مرن، وبهما معا يتحقق مناط التفويض».

>> وليس لها كذلك، أن تنقل -من خلال التفويض- ولايتها التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية؛ ولا أن تقر قانون التفويض بأكل من أغلبية ثلثي أعضائها، وذلك لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تفريط فيها. وعليها دوماً بمقتضى نص المادة ١٠٨ من الدستور، أن تحين بنفسها "محل التفويض" وذلك من خلال تحديدها القاطع للمدائل التي يتناولها، وأسس تنظيمها بقصد ضبط موضوع التفويض. وهي مكلفة كذلك بأن تجعل التفويض موقتاً بميعاد معلوم كي تكون مدته حداً زمنياً لا يجوز أن تتخطاه السلطة التنفيذية في ممارستها لاختصاصها الاستثنائي».

وغول السلطة التشريعية كذلك مراقبة تنفيذ السلطة التنفيذية بحدود التفويض، فألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية للتدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لقانون التفويض، وذلك في أول جلسة تدعى إليها بعد انتهاء مدة التفويض.

إذاً لم تعرض هذه التدابير على السلطة التشريعية، أو ولم تقرها بعد عرضها عليها، زال ما كان لها من قوة القانون. وكل ذلك ضمناً لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي في حدود القيود التي عينها الدستور، حصراً لنطاقه، وضبطاً لقواعده^(١).

١٩- والقول بأن كثيراً من الدول تتعد مجتمعاتها بصورة متزايدة، بما يعجز السلطة التشريعية فيها عن مباشرة مهامها بصورة مقترنة، ما لم تفوض غيرها في بعض اختصاصاتها في إطار خطوط عريضة وتوجيهية، مردود بأن حدود التفويض لا يجوز أن تنقسم لإبهاهما، ولا بالنسبائها أو إرطاطها.

بأن يتعين ضبطها بما لا ينتزع من السلطة التشريعية جوهر ولايتها، Encroachment Power، لتبشرها الجهة التي ملبنتها منها بدون حق. وفي ذلك خطر كبير يتأتى من تجاه ميزان القوة لصالح السلطة التنفيذية، ليزداد عودها صلابة بما يجعل تجميعها لسلطاتها وتضاعفها Accumulation of

(١) دستورية عليا -التضنية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية دستورية قاعدة رقم ٣٥ -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ ص ٣٥٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

Power، وكذلك تضخمها، Aggrandizement of Power نهجاً ثابتاً لها، يعمق طغوانها ويزيد وطأتها على من تسهم ببلسها.

ويتصل بما تقدم، أن تقرير السياسة الجنائية، وتحديد ملاحمها من خلال نصوص قانونية تبين الضرورة الاجتماعية التي يقوم التجريم عليها، و موازين العقوبة التي يجوز فرضها على المذنبين؛ مما يجب أن تتلاءم السلطة التشريعية أصلاً. فلا يجوز تفويض السلطة القضائية في شيء من ذلك إخلالاً بتكامل السلطة التشريعية فيما يقع في نطاق اختصاصاتها الأصلية التي احتجزها الدستور لها^(١).

لقانون العقوبات في مصر يعاقب على جريمة الفعل الفاضح وعلى جريمة هذه الموض، دون أن يحدد لهاتين الجريمةين نموذجاً قانوني، تاركاً للقضاء مهمة هذا التحديد، ومخالفاً بالتالي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، خاصة وأن التحديد القضائي لاية جريمة يقوم على معايير مختلفة قد يناقض بعضها البعض، وقد يؤول إلى اتساع دائرة التجريم في زمن معين وتقليصها في زمن آخر، بما يناقض ضوابط التجريم التي تفرض وحده المعايير التشريعية لكل جريمة.

٢٠- كذلك فإن تباين القضاء فيما بينهم، وتفاوتهم في قدر العقوبة التي يوقعونها في الجريمة الواحدة Excessive Disparity لا يخول السلطة التشريعية أن تشكل لجنة غير قضائية مستقل رئيس الجمهورية بتعيين وعزل أعضائها تنقيا معاونو القضاء في عملهم سواء من خلال معايير إرشادية تقدمها لهم بما يوحد كلمتهم أو يقربها في المسائل الجنائية التي يفصلون فيها، أو بإحاطتهم بالضوابط التي يزنون بها العقوبة التي يوقعونها على الجناة.

ذلك أن التحديد التشريعي لمقدار العقوبة مما تختص به السلطة التشريعية. كذلك يدخل تقريرهما في اختصاص السلطة القضائية التي لها كذلك أن تفصل في تمتورية مناسبة العقوبة للجريمة التي تتصل بها. وكل تفويض يصدر عن السلطة التشريعية على خلاف الضوابط المتقدم بوانها، هو انقلاب من السلطة التشريعية على نفسها، بما يثير شكوكا خطيرة حول توازن السلطة بين الأفرع التي تبشرها^(٢).

(١) Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe line Co., 458 U.S. 50 (1982).

(٢) عكس ذلك قضاء المحكمة العليا الولايات المتحدة الأمريكية في قضية Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989).

٢١- للسلطة التنفيذية وحدها، بعد اعترافها بحكومة أجنبية، وتبادلها للعلاقات الدبلوماسية معها، أن ترتبط معها باتفاق ينظم تسوية بعض المسائل المطقة بينهما.

ولا يعتبر هذا الاتفاق معاهدة دولية قائمة بذاتها لا يجوز التصديق عليها قبل أن تقرها السلطة التشريعية. بل جزءاً من علاقة دولية متكاملة، يتقدمها اعترافها بالحكومة الأجنبية، ويتوسطها تبادلها الروابط الدبلوماسية معها؛ واختتمتها حل المسائل المتنازع عليها باتفاق يتضمن تسويتها.

واختصاص السلطة التنفيذية وحدها بما تقدم، مرده أنها وحدها هي التي يجب أن يكون صوتها منفرداً في الشؤون الخارجية، توجهها بالطريقة التي تراها بما يوثق روابطها، ويرعى مصلحتها مع الدول الأجنبية المعنية^(١).

٢٢- وقد تولاه الدولة غزوا أجنبياً أو تمرداً داخلياً أو حرباً أهلية، بما يهدد تكامل إقليمها أو وحدة أبنائها أو ترابط مصالحها.

وقد تدغمها هذه المخاطر، فلا يكون بوسعها مقابلتها إلا بتدابير عاجلة يكون عنصر الزمن حاسماً في فعاليتها.

وليس لازماً لاتخاذ هذه التدابير، أن يترتب رئيس الجمهورية قراراً من السلطة التشريعية تعلن به حرباً على القوة الفلزية، أو الجماعة المتمردة، أو العصبة الانفصالية، ولو كان الدستور قد خولها وحدها الاختصاص بإصدار هذا القرار.

ولا كذلك استخدام رئيس الجمهورية للقوات المسلحة أو تكليفها أو نشرها، بقصد القيام بأعمال عدائية فيما وراء الحدود الإقليمية لبلده.

(١) United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937).

انظر كذلك قضية Dames and Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981).

وتتلخص وقائعها في أن الرئيس الأمريكي كرتر، عقد اتفاقاً مع الحكومة الإيرانية حتى تفرج إيران عن الرهائن الأمريكيين المحتجزين لديها. وقد توخى الاتفاق إطلاق كل الحجز على الأموال الإيرانية بالولايات المتحدة، ووقف كل الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الأمريكية ضد إيران مع تقديمها إلى محكمة خاصة للتحكيم تكون قراراتها ملزمة بشأنها. وقد أيدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية هذا الاتفاق تأسيساً على أن للكونجرس إما أن يكون قد رخص صراحة به، أو وافق عليه بصورة ضمنية.

إذ تظل هذه الأعمال في غيبة قرار بإعلان الحرب، مقيدة بالضرورة التي تقتضيها، ومشروطة بموافقة السلطة التشريعية- الصريحة أو الضمنية- وفي حدود الضوابط التي قررتها.

والسلطة التشريعية دوماً أن تقيد من سلطة رئيس الجمهورية في مجال استخدام القوة فيما وراء الحدود الإقليمية، وذلك من خلال حجبها التمويل اللازم لدعم الجهود الحربية.

٢٢- ويلاحظ أن نصوص الدستور الصريحة، لا تصرف وحدها اختصاص كل سلطة، وإنما يتحدد اختصاصها -في صورته الإجمالية- من خلال العمل، فلا يكون إلا متموجاً على ضوء الحقائق العملية التي تفرض نفسها على مسعد الحياة السياسية.

وإذا كان النزاع قد ثار بين السلطة التشريعية ورئيس الجمهورية في مجال أيهما الأحق بتقرير الشؤون السياسية، فإن نزاعاً من نوع آخر شجر بينهما في مجال ذاتية كل من هذين الفرعين، ورفض كل منهما تدخل الآخر فيما يتعلق به من الشؤون التي يقوم عليها، ولو لم تكن لها طبيعة سياسية.

وتبلور هذه الصورة من النزاع بين الفرعين، المسائل الدستورية التي ينفرد كل منهما باتخاذ قرار نهائي فيها، ونطاق تكامل سلطاتهما، وحدود التداخل فيها.

ويقع هذا النزاع على الأخص، إذا باشر رئيس الجمهورية سلوكاً أو أتى أعمالاً تفل بحقوق المواطنين أو حرياتهم، أو تنوق إدارة العدالة بصورة فعالة، أو تنقض حقوقاً مقررة لبعض أجهزة السلطة التنفيذية، وتحبط الأغراض المقصودة من تأسيسها.

٢٤- وقد لا يقبل رئيس الجمهورية طلباً قضائياً يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الشرائط التي سجل عليها الأحاديث التي أجراها مع معاونيه، قولاً بأن لأحدثه هذه سرية في طبيعتها، وأن عرضها أو الإطلاع عليها من قبل آخرين ينتهكها، وأن سرية هذه من امتيازاته التي لا يجوز أن تنتقضها السلطة القضائية، ولو كان إطلاعها على أجزاء من أحدثه متصلاً باتهام جنائي، وواقعاً وراء جدران مظلة لا تغلّ بيسرية أحدثه في مجموعها.

ولم تقبل السلطة القضائية الامتياز المطلق الذي يدعيه رئيس الجمهورية لأحدثه هذه ونظيرت إليه، باعتباره متضمناً إسباغ حصانة غير موصوفة أو مقيدة عليها، لتحول بذاتها دون مباشرة السلطة القضائية لمهامها، رغم إنها لا تقل شأناً عن السلطتين التشريعية والتنفيذية Co - Equal Branches.

وفضلاً عن أن مبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين، لا يتوخى ضمان استقلالها الكامل عن بعضها البعض، بل كل الدستور توازناً دقيقاً بينها تتمكن به كل سلطة من مباشرة وظائفها، وعلى الأكل لأن كل نزاع في شأن المصالح التي تدعيها أية سلطة لنفسها، ينبغي أن يحسم على ضوء ما يكفل لكل منها وظائفها الحيوية^(١).

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يقاوم طلباً قضائياً Suprae يدعو إلى أن يقدم إلى السلطة القضائية الأشرطة التي سجل عليها أحاديثه تلك، فإذا تفرع بسريتها ليمتنع عن تقديمها إلى القضاء، وكانت أحاديثه هذه لا صلة لها بأسرار دبلوماسية أو حرية لا يجوز للقضاء اقتحامها؛ وكان الدستور وإن خلا من نص صريح يكفل لرئيس الجمهورية سريّة اتصالاته مع معاونيه، إلا أن المصلحة في كتابتها تكون دستورية في أساسها إذا كان حجبتها ضرورياً لتمكين رئيس الجمهورية من أداء وظيفته بصورة فعالة.

فإذا ناقض إخفاءه لأحاديثه مع معاونيه ما ينبغي أن يسود كل محاكمة جنائية منصفة من ضرورة تقديم الأدلة المتصلة بها، والجائز قبولها، إلى القضاء الذين يدهم سلطة تقديرها ووزنها^(٢)؛ وكان من شأن الطبيعة المطلقة لامتياز رئيس الجمهورية المدعى به، أن تتوافر مدخل ثرية لإرهاق الحقيقة أو إجهاضها، فلا يكون إزهاقها إلا نتيجة مترتبة على إطلاق هذا الامتياز؛ وعائقاً دون مباشرة القضاء لوظائفهم في نطاق المنطق؛ وحالاً دون إعمال شرط الوسائل القانونية السليمة؛ ومرجحاً عمومية المصلحة في كتمان رئيس الجمهورية لاتصالاته مع معاونيه، على ضرورة تخصيصها بالدعوى الجنائية التي لا زال الاتهام فيها معلقاً لم يحسم، والفصل فيه مرتبطاً بأدلة تضمنتها لأشرطة التسجيل التي احتفظ بها رئيس الجمهورية، فإن لم يقدمها صار فوق القانون^(٣).

(١) ويلاحظ أن أية لجنة تشكلها السلطة التشريعية لتقصي الحقائق، لا تستطيع الحصول جبراً من رئيس الجمهورية على معلومات يرى كتمانها.

Gerald Gunther, Constitutional law, eleventh edition, p. 365

(٢) تنسم النظم الجنائية الإجرائية بخاصية الجبرية التي تحتم عرض جميع الأدلة على الجهة القضائية التي تصل إلى الاتهام الجنائي، وتغول القناع ووسيلة الاتهام حق منقذتها، وإلا انطلق الطريق إلى الحقيقة أو صار بلوغها مطوفاً بالمخاطر. لا استثناء من هذه القاعدة إلا لمصلحة جبرية كحق الشخص في ألا يقدم بنفسه دليل إدانته Self- incrimination

(٣) انظر في ذلك قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد الرئيس الأمريكي نيكسون، وكان قد صدر ضده أمر قضائي يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الجنائية بعض الشرائط المسجلة عليها أحاديثه مع معاونيه، وذلك للفصل في اتهام جنائي في شأن فضيحة ووترجيت The Watergate Tapes litigation التي تلصص فيها- ومن أجل دعم حملته الانتخابية- على الحزب الديموقراطي المنافس. ولكن الرئيس نيكسون تذرّع بأن من حقه كرئيس للجمهورية أن يكتم أحاديثه مع معاونيه، فلا يعرفها أحد.

United States v. Nixon, 418 U.S. 683, (1974).

ولا يجوز بالتالى -على ضوء مبدأ الخضوع للقانون- أن يعانى الأبرياء، ولا أن يفر الجناة بذنوبهم *Guilt shall not escape, or innocence suffer*.

٢٥- ولا يعنى ما تقدم، أن تفصل السلطة القضائية فى كل نزاع يقع بين السلطتين التشريعية والتفيذية، أو بين إحداهما والسلطة القضائية، ذلك أن النزاع المطروح عليها قد يكون من طبيعة سياسية تخرجه عن ولايتها.

وهو ما يتحقق على الأخص، إما لأن الدستور عهد باتخاذ القرار النهائى فى مسائل يعينها إلى السلطة التشريعية أو للتفيذية *Constitutional Commitment*، وإما لأن السلطة القضائية ذاتها لا تتوافر لديها الوسائل والموازين والحقائق المحايدة التى تفصل على ضوئها فيما يطرح عليها من المسائل الدستورية؛ *Judicially Manageable Standards and Data*، وإما لأن السلطة القضائية، فى تعاملها مع السلطتين التشريعية والتفيذية، يبنى أن تكون أكثر حذراً من خلال تحوطها فى تقدير ما يدخل من أصالهما فى إطار رقابتها على الشرعية الدستورية *Prudential Considerations*، ضمناً لفصل ولايتها عن هاتين السلطتين، وتوقفا لصراع معهما، وتجنباً لأن يصدر فى الموضوع الواحد أكثر من قرار من أكثر من فرع من فروع السلطة. فلا يكون الموضوع الواحد منظماً بقاعدة قانونية واحدة، وإنما بأكثر من قاعدة يناقض بعضها البعض.

وهو ما تؤكدته المحكمة الدستورية العليا من خلال تقريرها لأمرين

أولهما: أن الأفعال السياسية هى التى تكون كذلك بالنظر إلى طبيعتها؛ لتحدد خصائص هذه الأفعال، جوهرها. ولا يجوز للسلطة التشريعية بالتالى أن تضفى صفة الأعمال السياسية على أفعال تنافىها ولا تلتزم معها.

ثانيهما: أنه كلما كان خوض المحكمة فى دستورية المسائل المطروحة عليها، متوقفاً على موازين وضوابط ومعلومات لا تتوافر لديها؛ فإنها تخرج عن ولايتها وأنه على ضوء ما تقدم، فإن كل معاهدة دولية -وإن كان موضوعها- لا تعتبر بصفة تلقائية -ربناء على مجرد تنظيمها لملائق دولية- من الأعمال السياسية^(١).

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية جلسة ١٩ يوليو ١٩٩٣- قاعدة رقم ٣١ من ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٧)

حقبة المسائل السياسية

٢٦- وينبغي أن يلاحظ في شأن ما يعتبر من المسائل الدستورية من طبيعة سياسية Political Issues ما يأتي:

أولاً: على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، ولو خالطتها ملامح سياسية، أو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المعروضة عليها يصادم توجهها للسلطة التشريعية أو التنفيذية، أو منطقياً على إخراج إحداهما.

ويتعين دوماً أن يكون فصلهما في المسائل الدستورية المعروضة عليها دالاً على تعويضها، وأنها لا تعتبر مجرد هيئة قضائية لتنفيذ حكم الدستور، بل توليها سلطتان أخريان لكل منهما اختصاصاتها الثابتة التي لا يجوز إنكارها أو تهميشها.

ثانياً: أن تعدد الفصل في بعض المسائل الدستورية لا يحيلها إلى مسائل سياسية لا يجوز إصدار حكم قضائي فيها، ذلك إن المسائل السياسية تغلب في نوعها -لا فسي درجتها- التفسير المنهجي للدستور باعتباره أداة تحديد الحقوق التي كلها. ولا يتصور بالتالي أن يكون هذا التفسير متوخفاً غير إنفاذ القيود التي فرضها الدستور على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ثالثاً: أن إبطال جهة الرقابة على الدستورية لنصوص قانونية مطعون عليها أمامها، لا يجوز أن ينظر إليه بوصفه تعبيراً من جهتها عن احتقارها لسلطة أخرى توازيها وتساويها، إلا إذا كان هذا الحكم منطقياً على اختصاصها لسلطة لا تملكها في إطار وظيفتها القضائية.

رابعاً: لأن صبح القول بأن المسائل السياسية لا يحولها محار عام ينتظم كل تطبيقاتها، وأنها تخرج بطبيعتها عن الولاية القضائية؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية، ظل دائراً بين أكثر من تصور:

* نظرة تقليدية CLASSICAL VIEW تخول جهة الرقابة القضائية حق الفصل في المسائل الدستورية جميعها عدا ما يدخل منها -وفقاً لتفسيرها هي للدستور- في إطار الاختصاص المنفرد للسلطة التشريعية أو التنفيذية.

* ونظرة تحوطية PRUDENTIAL VIEW قولها أن تنظر جهة الرقابة القضائية إلى المعامل السياسية باعتبارها وسائل تجنبها الفصل في المعامل الدستورية المعروضة عليها، كلما كان خوضها في موضوعها، منتهيا إلى تفويض سلطتها، أو إلى وقوعها في صراع مع السلطات التشريعية والتنفيذية لا تؤمن عوالبه، أو حطها على اللجوء إلى حلول وسط تناقض قواعد سابقة قررتها.

* ونظرة وظيفية FUNCTIONAL APPROACH مذاها تقييم جهة الرقابة للعوائق التي تواجهها في مجال مباشرتها لوظيفتها القضائية، ويندرج تحتها:

أ- ألا تتوافر لديها موازين تقييم المعامل الدستورية المطروحة عليها، وضوابط الفصل فيها، وما يتصل بها من الحقائق المحايدة^(١).

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا -في مجال فصلها في دستورية قانون تضمن تكريما لبعض قادة حرب أكتوبر، من دون المدعى في الدعوى الدستورية- بأن تقييم أعمال هؤلاء القادة، وعلى ضوء قدر إسهامهم في الأعمال الحربية، ويلائم في تحقيق نتائجها، هي التي تحدد بصورة موضوعية، من يكون من بينهم أحق من غيره بالتقدير، أو مشائلا مع غيره في مركزه القانوني.

ومن ثم يفترض هذا التقييم، أن يكون دلقرا -ابتداء وانتهاء- حول الأعمال الحربية، متضمنا تحليلا لها وتقديرا لعناصرها، مستغرقا كل تفصيلاتها، محيطا بها في دقائقها، مقابلا بين بعضها البعض، وازنا بالقسط أداء قادتها جميعهم، منتهيا إلى ترتيبهم فيما بينهم على ضوء معايير مطلوبة ترجح بعضهم على بعض، وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا^(٢).

ب- أن يكون الدستور قد نظر إلى بعض المسائل باعتبار أن صوتا واحدا ينبغي أن يهيم عليها، فلا تتفرق الآراء من حولها، كإدارة رئيس الجمهورية للشؤون الخارجية، وقراره بالتصديق على معاهدة دولية، أو إنهاء العمل بها بعد الدخول فيها.

(١) JEROME A.BARRON-C. THOMAS DIENES-Constitutional Law, 1991, pp. 47-53.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٣٩ ص ٩٧- وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وهذه النظرة الوظيفية هي التي يجب الوقوف عندها. فلا ننظر إلى الصفة السياسية لبعض المسائل باعتبارها كاملة فيها لا تتفصل عنها. ذلك أن المسائل السياسية التي يخرج الفصل فيها من ولاية جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تحمل في أعطافها تكويناً ثابتاً ونهائياً. ولكن مضمونها قابل للتغيير بناء على عوامل متعددة يندرج عنصر الزمن تحتها^(١).

ويعين بالتالي أن تتعامل معها جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية على ضوء نظرة ضيقة ومرتمة، لضمان أن يكون الخضوع للقانون قاعدة تحيط بأعمال السلطة التشريعية والتنفيذية جميعها، عدا ما يكون منها مستعصياً بطبيعته على الرقابة القضائية، أو مجاوزاً حدود الوظيفة القضائية.

(٨)

حقوق الفرد وحرياته في مواجهة السلطة

٢٧- كان الأفراد عملاً، وطوال فترة تطور الجماعة الدولية من ١٦٤٨ - ١٩١٨ خاضعين للسلطة النهائية للدولة. ولم يكن للقانون الدولي يأخذ الأفراد في اعتباره إلا بوصفهم من رعايا الدولة التي تظلمهم بحمايتهم. فلا تحظى مصالحهم في الدول الأجنبية بحماية من دولهم، إلا من خلال الحماية الدبلوماسية التي توفرها لهم.

وإذا كان الأفراد خلال هذه المرحلة من تطور القانون الدولي، قد لعبوا دوراً ما على صعيد العلاقات الدولية، فذلك لأنهم يقيمون من معاهدة دولية تتعلق بالتجارة، أو بالملاحة، أو بأوضاع معاملتهم في الدول الأجنبية، أو بوصفهم نقطة البداية التي تحل دولهم إليها في مجال القضاء قانوناً للحقوق التي يطلبونها، في مواجهة أضرار أصابتهم من الدول الأجنبية التي يقومون أو يعملون فيها.

ثم وقع بعد هذه الفترة، تطور محمود عن طريق تحويل كل منظمة نقابية حق الدفاع عن مصالح عمالها وأربابهم التي تحميها منظمة العمل الدولية.

(١) ودليل ذلك أن سلطة المشرع في تقسيم الدوائر الانتخابية، كانت تعبر في الولايات المتحدة الأمريكية عن المسائل السياسية. ثم عدلت المحكمة العليا عن ذلك في قضية Baker V. Carr.

أنظر في المسائل السياسية ص ٩٠ إلى ١٠٧ من الطبعة الثانية من مؤلف Laurence H. Tribe وعنوانه:

كذلك كان للمثل كل ألفة عرقية أو لغوية أو دينية حق الدفاع عن مصالحها قبل الدول التي تقضتها، إخلالاً منها بالتزاماتها الواردة في معاهدتها الدولية.

غير أن استعمال المنظمة الدولية أو الألفة العرقية أو الدينية أو اللغوية للحقوق المخولة لها، كان منحصراً عملاً في حدود ضيقة.

ثم تصاعد الاهتمام بعد الحرب العالمية الثانية بالحماية الدولية لحقوق الأفراد بوصفهم كذلك. إذ لم تعد هذه الحماية مقرة للفرد باعتباره عضواً في منظمة وطنية عمالية أو غيرها، وإنما باعتباره إنساناً وكائناً فرداً *En tant qu'être humain individuel*.

وحدث هذا التطور العلم، إزاء إيمان الدول المنتصرة في هذه الحرب، بأن النازية والأيديولوجية قد انبثقتا عن فلسفة تكين باحترار الإنسان، وتنتظر إليه بوصفه مجرداً من كل احترام، وأن كرامته غير شيء.

وكان على هذه الدول، أن تعمل على إجهاض كل احتمال لعودة هذه الشرور من جديد، وأن تكون وسيلة إلى دفعها، هي إصدار إعلان يتضمن القواعد الأساسية التي تكفل لكل إنسان آدميته واحترامه.

وكانت الدول الغربية التي تنضم لها الولايات المتحدة الأمريكية، من أكثر المدافعين عن هذا الاتجاه بالنظر إلى أن فلسفتها في مفهومها الشامل، وكذلك دستورها الوطنية، أساسها أن للإنسان حقوقاً ينبغي إعلانها في وثائق للحقوق تضمنها وتكرسها. *Declarations des droits* وكان منطقها بالتالي أن تنقل الدفاع عن معتقداتها من النطاق لادخلي إلى القانون الدولي.

وسعى الاتحاد السوفيتي من جهته ليقاسم الدول الغربية اهتماماتها في مجال حقوق الإنسان، مما أسفر في النهاية عن ميثاق منظمة الأمم المتحدة مؤكداً ضرورة صون هذه الحقوق، وعلى أن تعمل الدول على ضمانها من خلال معاهدتها الدولية التي تبرعوا بوجبه خاص لتأمين كرامته.

٢٨- وفي إطار هذا التطور، بلغ الاهتمام بحقوق الإنسان حداً كبيراً تمثل في العديد من المبادئ التي تبنتها الدول فيما بينها، سواء على الصعيد الدولي أو على نطاق تجمعاتها الإقليمية:

فعلى الصعيد الدولي، ووفقا للمادة الأولى من البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية -الذى اعتمد وعرض للتوقيع والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ١٦/١٢/١٩٦٦- صار لكل فرد مشمولاً بولاية إحدى الدول المعتبرة طرفاً فى هذا العهد، وفى البروتوكول الاختياري الملحق به، أن يقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المشاغل إليها فى المادة ٢٨ من ذلك العهد، رسالة يدعى فيها إخلال هذه الدول بأحد الحقوق التى ضمنها العهد المذكور.

وعلا بالمادة الثالثة من البروتوكول، على اللجنة أن تحيل إلى الدولة المعنية الرسالة المقدمة ضدها، كى تكلى بإيضاحاتها وبياناتها فى شأنها، مع الإشارة إلى أية تدابير تكون قد اتخذتها فى شأن الحق أو الحرية المدعى إخلالها بها.

وعلى ضوء المادتين ٥، ٦ من البروتوكول، تنتظر اللجنة فى الرسائل المقدمة إليها وتقوم بدراستها، وتضمن ما تنتهى إليه فى شأنها، تقريرها السنوى عن أعمالها الذى تقدمه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، عن طريق المجلس الاقتصادى والاجتماعى.

ومثل هذا التنظيم نراه فى المادة ١٤ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى التى اعتمدتها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق فى ٢١/١٢/١٩٦٥.

كذلك تضمن القرار الصادر عن المجلس الاقتصادى والاجتماعى للأمم المتحدة فى عامى ١٩٦٧ و ١٩٧٠^(١) تنظيماً إجرائياً يتوخى فحص الرسائل التى يقدمها أفراد يدعون وقوعهم ضحايا لإخلال جسيم بحقوق الإنسان.

٢٩- وإذا كان ما تقدم يمثل بعض ملامح التطور على الصعيد الدولي لحقوق الفرد فى مواجهة الدول التى تظل بحقوقه وحرياته فإن تطورا مماثلاً، وربما أبعد فى مداه، تحقق كذلك على صعيد الدول الأوروبية فى مجتمعاتها التى تجاوز حدود أقاليمها *Regionaux*.

فالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان [١٩٥٠] تقيم للفرد نظاماً معياداً ومتقدماً لصون حقوقه. ذلك أن المادة ٢٥ منها تخول اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، حق النظر فى كل طلب يقدم إلى الأمين

(١) Resolution 1235 (XLII) 1967. Resolution 1503 (XLVIII) 1970

للمام لمجلس أوروبا من قبل شخص طبيعي، أو منظمة غير حكومية، أو مجموع من الأشخاص يدعون أنهم ضحايا إخلال إحدى الدول المتعاقدة، بالحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية.

ولكل من قدم طلباً من هذا القبيل إلى هذه اللجنة، أن يمثل في مختلف المراحل الإجرائية لنظره، وأن يظهر كذلك أمام المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان عدد الفصل في الحقوق التي يدعيها

وهذه القاعدة ذاتها، هي التي نراها كذلك في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان إنسان خوسيه في ١٩٦٩/١١/٢٢].

ذلك أن المادة ٤٤ منها، تخول كل شخص، وكذلك كل مجموع من الأشخاص، فضلاً عن كل منظمة غير حكومية يكون معترفاً بها قانوناً في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية، أن يوجه إلى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان المشار إليها في المادة ٣٣، عريضة أو شكوى تفيد تضرره من كل خرق لهذه الاتفاقية يصدر عن إحدى الدول أطرافها.

٣٠- بيد أن التنظيم الدولي لحقوق الأفراد في مواجهة إخلال دولهم بها، رغم طبيعتها الإنسانية، يظل محدوداً في أهميته بالنظر إلى القواعد الضابطة لهذا التنظيم، وأهمها:

أولاً: أن الأفراد لا يستمدون حقهم في رد إخلال دولهم بالحقوق التي كفلتها للمواثيق الدولية، إلا من خلال معاهدة دولية تكون هذه الدول أطرافاً فيها، وبمراعاة أحكامها التي يلبثون منها، وعن طريق طلب يقدمونه إلى الجهة التي عينتها المعاهدة.

وهم كذلك لا يملكون تنفيذ القرار الصادر من هذه الجهة في شأن طلباتهم، بل يعود تنفيذ إلى حسن نوايا دولهم وإرادتها. وليس يوسعهم متابعة إجراءاته قبل الفصل فيه. والاستثناء الواضح من الأحكام المتقدمة، تبلوره الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

ثانياً: أن التنظيم الإجرائي للفصل في طلباتهم، لا يتم إلا وفقاً لمعاهدة دولية، أو بناء على قرار صادر عن منظمة دولية، يتضمن بياناً واضحاً بالمسائل التي يجوز التنظلم منها. ولا تقبل الدول عادة -وفي الأعم من الأحوال- إثارة مسؤوليتها الدولية أو تحريكها من خلال تنظلم يقدمه الأفراد المضطرون من إخلالها بحقوق الإنسان التي كفلتها للمواثيق الدولية.

ولمواجهة هذه الصعوبة، فإن المعاهدة الدولية تتضمن أحياناً شرط تخويل منظمة دولية، حق للنظر في إخلال الدول أطرافها بحقوق الأفراد الأساسية. ولا يعتبر هذا الشرط نافذاً في مواجهة هذه الدول، إلا بموافقتها.

ثالثاً: أن للتنظيم الإجرائي المقرر في المعاهدة الدولية، يتمحض عن نوع من الرقابة على أعمال تأتيتها الدول أطرافها. ولا يعتبر فصلاً قضائياً في خصومة يدعى فيها أحد الأفراد الإخلال بالحق أو الحرية التي يطلبها.

كذلك فإن القرار الصادر في هذا التنظيم، لا يعتبر قراراً قضائياً قابلاً للتنفيذ بالقوة الجبرية، بل توصية صادرة عن المنظمة الدولية المعهود إليها بفحص التنظيم.

وهو ما يعنى أن الأفراد لا يحصلون على حقوقهم التي يدعون إخلال دولهم بها، إلا بموافقة دولهم هذه على الخضوع لتنظيم إجرائي دولي في شأن انتهاكاتهما لحقوق الإنسان وهي بعد موافقة يجوز لها الرجوع فيها، بما ينهى دور المنظمة الدولية التي كان الاختصاص معهوداً إليها بالنظر فيها.

ولا يجوز على ضوء هذه المأخذ، أن نغالى في دور الأفراد في مجال الحصول على الترضية المناسبة لحقوقهم الأساسية التي وقع الإخلال بها من قبل دولهم.

إذ ليس سهلاً على الدول أن تتخلى عن بعض امتيازاتها السيادية، وعلى الأخص ما يتصل منها بالسلطة الكاملة التي تباشرها على الأفراد الخاضعين لولايتها، وإن جاز القول بأن قبولهم لتنظيم إجرائي دولي ينظر في إخلالها بحقوق مواطنيها، يمثل خطوة هامة، وإن كانت محدودة. ذلك أن الأسرة الدولية في تكوينها الراهن تعقد السلطة الفعلية بيد الدول وحدها. ولا تأذن الدول بمثل هذا التنظيم إلا بقدر تسامحها.

كذلك فإن الدول هي التي تنشئ المنظمة الدولية التي يقدم إليها الأفراد ملتمسهم، وهي التي تعتمد القواعد التي تحكم نشاطها، بما يجعل المنظمة الدولية واحدة من أدواتها التي تعينها على تحقيق مهام يتغيبها.

وهو ما يعنى اشتقاق المنظمة الدولية، لاختصاصاتها من الدول التى أنشأتها، ومن المعاهدة الدولية التى تحثر مصدرا لوجودها^(١).

٣١- على أن تتلقى قيم الحرية والعدل فى مواجهة الميمنة واليسار، كان لها دور كبير فى تحقيق مفاهيم أفضل لصون إنسانية الفرد، وتخليصه من استغلال السلطة الاستعمارية لمصادر الثروة فى بلده، وعصفها بحريته وكرامته، وغيرها من مظاهر آدميته.

ولقد كان التحرر من رقة هذه السلطة فى كثير من الدول النامية، المقدمة الطبيعية لمواجهة صور القهر على اختلافها، ولوجود كيان مستقل لشعوب تريد أن تعطى بشار استقلالها، ويعلن حق دولية تتكافأ فيها مع غيرها، وبمراعاة أن كل جماعة لا تعتبر بالضرورة شعبا بملك حق تقرير مصيره^(٢).

Une Certain population ne constituait pas un peuple pouvant pretendre à disposer de lui-meme.

وكان مما عزز حقوق الإنسان وكل دلائل كبر لضمائنها، اتصال الدول فيما بينها وعزمها على تبادل صور من التماثل بتوافق فيها مصالحها وشعوبها مع بعضها، وتجانس توجهاتها الإنسانية.

وفى إطار هذا الاتجاه وقد بدأ ولبدأ، ثم تصاعد فى درجته- أن صار للشعوب تلك الحقوق التى لا يجوز النزول عنها ولا التفريط فيها، والتى تتكافأ فيما بينها فى مجال الانتفاع بها مع تقيد الدول جميعها باحترامها. ولا يجوز بالتالى التمييز بين شعوب قديمة، وشعوب جديدة، ولا بين شعوب تتكامل عناصر وجودها، وأخرى لا تزال فى دور التكوين، ولا بين حقوق كتبت تحجبها عنها السلطة الاستعمارية، وبين حقوق يملوها للتمييز عسريا بين أجناسها^(٣).

(١) Antonio Cassese "les Individus", Droit International [Bilan et Perspectives], Tome 1, 1991, pp. 119-127.

(٢) Cour International de Justice, Recueil. 1975., p. 33.

(٣) Raymond Ranjeva, les peuples et les mouvements de liberation nationale, Droit International [Bilan et perspectives] Tome 1, 1991, pp 108-118

٣٢- وإذا كان القانون الدولي قد ظل حتى الوقت الحاضر قانوناً منظماً للعلاقات بين الدول، مبيناً حدود اختصاصاتها؛ إلا أن هذا القانون صار يوجه عناية أكبر للأعمال التي تأتينا الدول في مواجهة الأفراد للمشمولين بولايتها، سواء تطرق الأمر بغير مواطنيها وضرورة تأمين أشخاصهم وصون أموالهم؛ أو بمواطنيها، أو بمجموع من الأشخاص كقضية عرقية مثلاً؛ أو بالحقوق الفردية والجماعية لكل إنسان، ويوصفه كذلك.

وكانت نقطة البداية في هذا التطور الإيجابي هي الإيمان بحق تقرير المصير لكل الشعوب.

وهو مبدأ انبنى عليه أن الدول التي كان القانون الدولي ينظر إليها دائماً باعتبارها أشخاص هذا القانون، هي في حقيقتها مجموع من الناس غايتها خدمتهم، والعمل على ضمان سعادتهم، وأن الجماعة الدولية هو وعاء شعوب تجمعها الصفة الإنسانية، وعليها بالتالي أن توفر لها الأمن وسبل الحماية التي تكفل ضمان مصالحها الحيوية، وأن تعمل بكل وسائلها على إجهاد قاعدة السلطة المطلقة التي تفرضها الدول على رعاياها، وإبدالها بقاعدة التكافؤ في الأسلحة بين الفرد والجماعة التي يعبر عنها أعضاؤها.

(٩)

تحويل حقوق الإنسان

٣٣- بل إن حقوق الإنسان التي كان ينظر إليها باعتبارها من الشؤون الداخلية للدول، قادتها ثورة تكوخي تحويلها^(١) Internationalisation du statut Juridique de l'être humain وهي ثورة كانت بدايتها فيما بين الحربين العالميتين، ثم صارت معلماً بارزاً فيما بعدهما بعد عدول النازية والفاشية على الحقوق الأولية للإنسان.

إلا أن هذه الثورة لم تبلغ غايتها بالرغم من إيمانها بقيمة الفرد، ومسيحيها لضمان سعادته، ونظرها إلى إنسانيته باعتبارها معقد الأمر فيه. ذلك أن إنسانية الفرد لم تصل إلى حد تأكيد حقوق يخصص بها ويثاقها مباشرة من قواعد القانون الدولي Destinataires directs des normes de droit International، وإن جاز القول بأن هذا القانون يتطور بصورة مطردة في اتجاه التحول إلى قانون عالمي للإنسان والشعوب، وهو ما تمثل بوجه خاص في الجيل الأول لحقوق الإنسان التي تضمنها

(١) في عام ١٩٩٢ أصدر معهد القانون الدولي إعلاناً في شأن الحقوق الدولية للإنسان، وبمقتضاه يقف الفرد جنباً إلى جنب مع الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي.

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تحرر بها الفرد من القود غير المبررة على حريته الشخصية؛ وفي الجبل الثاني لهذه الحقوق التي نص عليها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنقسم خصائصها بأنها من طبيعة جماعية باعتبارها مبلورة حقوق الأسرة البشرية على تباين مقلد أعضائها وتوجهاتهم.

بل إن الجبل الثالث لحقوق الإنسان، التي يمثلها الحق في البيئة وفي إقرار السلم، وفي وجود نمة مالية مشتركة للإنسانية، زاد من ثراء قواعد القانون الدولي من خلال اتساع دائرة تطبيقها.

ويظل لهذه الحقوق جميعها -على تباينها- أغراضها النهائية التي تتحدد وفق مجموعة من القيم الإنسانية التي لا يجوز تجاهلها، والتي يندرج تحتها أن النزاع إذا كان مسلحاً -سواء كان هذا النزاع داخلياً أو خارجياً- ينبغي أن يحاط بالقيم السائدة عند حدوثه، ولو كان بعضها أو جميعها. يناقض فيما تبنتها عهود سابقة، ذلك أن ما كان متولفاً لكل فرد في مواجهة هذا النزاع من وسائل الحماية، قد يظهر قاصراً عن أن يوفر لهذه الحماية أسبابها أمام تقدم فدون القتال وتعتقد أنواتها وتماظم مخاطرها، فلا يكون الإصرار على الوسائل القديمة، (إلا تجاهلاً لحقيقة التطور في محيطها).

كذلك فإن فوارق الثروة بين الدول الغنية والفقيرة، وما نشأ عنها من خلل في مجال تكافؤها ولقيا في مظاهر السيادة التي تبشرها، دعا لدول الفقيرة إلى أن تؤكد سيطرتها على مصادر الثروة في أقاليمها، وأن تعمل على تطوير مظاهر الحياة من خلال طلبها استثمار طاقاتها بكل عناصرها، ومن بينها أن صون للتوازن الأيكولوجي في بقاع الأرض جميعها، يحكر شرطاً أولياً لضمان تقدمها؛ وأن نبذها لكل صور الصراع فيما بينها، يعزز قدراتها على التعلش في سلم، ويشكل إطاراً صحياً لحركتها؛ وأن التنمية بكل روافدها، تعد طريقاً وحيداً لتسخير مواردها وفق أولوياتها، وفي إطار من نقل التكنولوجيا المتطورة وتعليمها.

(١٠)

أثر وثائق إعلان حقوق الإنسان على تطويرها

٣٤- تلك ملاحح لبعض مظاهر التطور في الجماعة الدولية. بيد أن أوضاعها وأعقبها إشرا على الصعيد الداخلي، تمثل في وثائق إعلان الحقوق التي يقسم هذا العصر بذووعها بين ألبوام يختلفون فيما بينهم ثقافة وديانة ولغة وتاريخاً، وإيمانهم بأن لهذه الوثائق حرمته، وأنها مضمونها قيد على الأفرع المختلفة التي تبشر السلطة بكل مظاهرها، فلا تكون حركتها إلا من أجل العمل على

تحقيقها، خاصة وأن إعلان هذه الوثائق، القترن إما بإدراجها في الدستور، أو بتقريرها استقلالاً عن نصوصه، مع تمتعها بقوة للتصويص الدستورية ذاتها.

ولم تكن هذه الوثائق تمثل خطوة بطيئة أو مترددة في مجتمعاتها، بل انقلاباً على أوضاع قائمة فيها، وتغييراً عميقاً في مكوناتها، بما يجعل ضماناتها بديلاً عن آراء وأفكار تطلق السلطة من عقاليها، وتحررها من كوابحها؛ واختياراً يناقض ديموقراطية الصفة؛ وديكتاتورية البروليتاريا؛ ويجهض سياسة الإملاء والاحتواء والإغواء، التي تفرضها السلطة بقوتها، وبالأموال التي تستميل بها من يعارضونها؛ فلا ترجح المصالح الضيقة، أمالاً عريضة متدفقة، بما يذل من حكم القانون.

وقد دل اطراد العمل بوثائق الحقوق في إطار القيم التي تحتضنها، على معارضة أفكاراً عتيقة بالية، كذلك التي تجعل البرلمان محورا للسلطة بكل أشكالها يمارسها دون قيد عليها.

كذلك كان من شأن هذه الوثائق إعلاء مفاهيم جديدة لا تسمو بها السلطة على مواطنيها، بل ترعى مصالحهم كضمان لمشروعية وجودها، مما هيا لقاعدة الخضوع للقانون أسسها، وأكد ضرورتها.

بيد أن أكثر ما كان يروع المواطنين ويثير قلقهم، أن وثائق إعلان الحقوق لا تكفل بذاتها ضمان حقوق الفرد وحرياته؛ وأن انتزاعهم حقوق السيادة بأيديهم، لا يكون إلا بتكلفة باهظة؛ وعبر مخاطر متنوعة؛ وأن حقائق التاريخ كثيرا ما تعيد نفسها، فلا تكون الحرية بأمين من عدوان السلطة عليها، خاصة وأن تقويم اعوجاجها وإن كان مطلوباً، إلا أن جهد السلطة القضائية في ذلك، كان أقل من أن يكون كافيا بالنظر إلى أن محاسبتها عن أخطائها، قلما تثار صلاً.

وشاع بالتالي تصور القانون باعتباره غريباً عن كثرة الناس وعامتهم، قريباً من خاصتهم وأصفيائهم الذين يطوعون القانون لإرادتهم، فلا يكون عصياً عليها، أو حائلاً دون تحقيقها.

بل إن الناس في عمومهم قلما يفهمون القانون، وفرصتهم في الإسهام في الحياة السياسية تقتصر على يوماء بعد يوم، واختيارهم للحكومة التي تمثلهم اختياراً حراً، كثيرا ما يكون سراها. ولم يعد أمامهم من ضمان لإرساء الديموقراطية وتمسيقها، غير الإصرار عليها بقولاً بتمعاتها، حتى لا تنقضها سلطة لها كان وزنها أو توجهاتها.

٣٥- كذلك كان لبعض الفقهاء دور كبير في مجال تقليص الاهتمام بوثائق إعلان الحقوق التي نظروا إليها باعتبارها مجردة من كل قيمة قانونية^(١) ولها في حقيقتها لا تزيد عن مجرد إعلان للنوايا Declarations D'intentions أو محض أفكار فلسفية أو خلقية تنسم بالتميم، وبحارائها الجوفاء، بما يجعلها قريبة من النصوص الأدبية، ويحدها عن القواعد القانونية.

وهم يقولون كذلك بأنه حتى بفرض استقلال وثائق إعلان الحقوق عن النساتير ذاتها بما يقيم لها وجودا منفصلا عنها، إلا أن هذه الوثائق جميعها تحيل إلى القانون لتطبيق أحكامها، فلا يكون لهذه الحقوق من نفاذ بخير قانون يصدر عن السلطة التشريعية.

وفيما وراء هذا القانون، فإن وثائق إعلان الحقوق تنسم بطبيعتها الفلسفية المجردة من القيمة القانونية^(٢).

٣٦- على أن الإيمان بوثائق إعلان الحقوق، ويدورها في بناء مجتمعاتها، ظل عميقا عند المدافعين عنها^(٣)، خاصة وأن هذه الوثائق تصدر في الأعم عن السلطة ذاتها التي تؤسس الدستور، فتكون لها قيمة نصوصه، وذلك سواء نظرنا إلى هذه الوثائق بوصفها تعبيراً عن علاقة بين الفرد والجماعة بما ينفي طبيعتها الفردية، لم كان تقييمنا لها من منظور أغراضها التي تؤكد بصورة جازمة أن للبشر حقوقا طبيعية يقتضونها ولا يقولون النزول عنها، وأنهم يتلقونها -لا من الجماعة التي يحاشونها- بل من الطبيعة ذاتها، وأن دائرة تطبيقها لا تنحصر في الجهة التي يوجد الفرد في نطاقها، ولكنها تمتد إلى الأفراد جميعهم، وعلى امتداد مواقع بلدانهم، وفي الأزمان جميعها، بما يبلور عالميتها Universalité خاصة وأن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، لا يؤكّدون بها غير حقوق قائمة من قبل، استقلالا عن إرادتهم.

ولم يكن دورهم بشأنها خلقا لها، بل مقصورا على مجرد تكوينها، لفرض نفسها على السلطة التشريعية فيما يصدر عنها من القوانين.

(١) R.Carré De Malberg, Contribution à la theorie generale de L'Etat, Sirey, II, p. 580; A Eismein, Elements de droit Constitutionnel, Sirey, I, p.601.

(٢) Domonique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, 4 Edition, p.92

(٣) M. Hauriou, Precis de droit Constitutionnel, Sirey, p. 618. ; L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Paris, II, p.184.

وظل أمر القيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق مختلفا عليه، حتى بين القضاة أنفسهم فيما يعرض عليهم من القضايا.

وكان خلافهم في شأن هذه الوثائق، لا يتعلق بمبادئها الغامضة صياغتها، العسيرة معانيها على التحديد، والمتداخلة في خصائصها مع القواعد القانونية التي لا يستقيم تطبيقها إلا بشرط وضوحها وضبط ألفاظها؛ وإنما دار خلافهم حول ما إذا كان لغبارتها الجلية معانيها، المحددة ملامحها، قيمة دستورية^(١).

ذلك أنه حتى بعد تسليم المحاكم القضائية بالقيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ظل مترددا في إسباغ هذه القيمة عليها حتى نهاية ١٩٥٠ حين أقر بوضوح بأن لديمقراطية دستور ١٩٦٤، ولإعلان الحقوق الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٢^(٢) قيمة قانونية لا يجوز أن ينقضها عمل قانوني، إلا إذا كان صادرا عن السلطة التشريعية، أو عن السلطة التنفيذية في حدود القانون^(٣). وهو ما دل على أن وثائق إعلان الحقوق لم تكن لها حتى بعد التسليم بأهميتها، لا قيمة دستورية، ولا قيمة فلسفية، بل محض قيمة قانونية غير محددة طبيعتها. ولم يكن ذلك تقسيرا من القضاة، ولا تنصلا منهم من واجباتهم، وإنما لأن المحيط السياسي من حولهم، أعجزهم عن إسباغ قيمة دستورية عليها.

(١) ومعنى ذلك أن الحقوق الواردة في الإعلان، والتي تنتم عباراتها بموضوعها، لا تكون لها أية قيمة قانونية، ولا يجوز معاملتها كالتقواعد القانونية.

(٢) لحق هذا الإعلان بدستور (١٧٩١/٩/٣).

(٣) C.E.11 Juil. 1956, Amicables des Annamites de Paris R.p317.

انظر كذلك:

Maxime Letourneur "L'etendu du Contrôle de Juge de l'excès de pouvoir"

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي، ولفترة طويلة، اعتبار القواعد الواضحة في إعلان الحقوق، من قبيل القواعد القانونية التي يجوز تطبيقها وتقرير جرائها على مخالفتها، مفضلا حمل قضائه في مجال الرقابة التي يبشرها على أعمال الإدارة، على المبادئ العامة للقانون .Les Principes Generaux du Droit

(١١)

تعميق وسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣٧- ومع تغيير الأوضاع السياسية التي كان القضاء يعيشونها، من خلال تعميق الدعوة إلى تقرير وسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كانت ثمرتها الختامية إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي، استطاع هذا المجلس أن يقيم موازين جديدة لهذه الرقابة عن طريق تنوع أدواتها.

ومن ثم قرر في ١٦/٧/١٩٧١ معاملة ديباجة دستور ١٩٤٦ باعتبار أن لها قيمة دستورية^(١)، وأن يضمنى بقراره في ٢٧/١٢/١٩٧٣ هذه القيمة ذاتها على إعلان ١٧٨٩^(٢). ولأن يعامل كذلك -بقراره الصادر في ١٥/١/١٩٧٥- كل النصوص التي تحول إليها ديباجة دستور ١٩٥٨ باعتبار أن لها قيمة دستورية^(٣).

ولم تعد النصوص التي يحتكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في دستورية القوانين Textes de Reference، مقصورة بالتالي على نصوص دستور ١٩٥٨ وإنما جاوزتها إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، وإلى المبادئ الجوهرية التي تضمنتها القوانين المعمول بها في الجمهورية Les Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la Republic، وكذلك إلى ما ورد بديباجة دستور ١٩٤٦ من مبادئ أساسية سياسية واجتماعية واقتصادية تتوافق مضامينها مع حقائق العصر.

ومن مجموع هذه النصوص والمبادئ التي يسميها الفقهاء برزمة أو بكتلة الدستورية Bloc de Constitutionnalité، تتحدد الرقابة على الدستورية، مرجعيتها. وبها تنقيد السلطة التشريعية فيما تشره من القوانين لتتوخى بذلك مصادر الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، بما يتيح لها -في إطار هذا الترخ- مواجهة إشكال مختلفة من صور العوار التي قد تشوب النصوص القانونية.

فلا يكون تعدد مصادر هذه الرقابة، إلا كافلا لتفوق عطائها، واتساع فرص تقيوم النصوص القانونية المخالفة للشرعية الدستورية، بما يرد السلطة التشريعية عن انحرفاتها المحتمل، ويحملها على

(١) C.C. 71 - 44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p.29.

(٢) C.C.73 - 51 D.C., 27 dec. 1973, R.p.25.

(٣) C.C. 74-54 D.C., 15 Janv. 1975, R.p.19.

أن تعمل وفق مداخل توافق بين تشريعاتها ومجموع العناصر التي تشكل رزمة الدستورية. وصار منطقياً بالتالي أن تتقرر القيمة الدستورية لديباجة دستور ١٩٥٨، ولكل النصوص التي تحيل إليها^(١).

٣٨- على أن كثيراً من الدساتير اليوم، تحرص على أن تكون حقوق الفرد وحرياته محسدة تفصيلاً في متونها. ومنها ما يحصر حقوق الأفراد وحرياتهم ويحصيها في الدستور، ثم يفتح الطريق لتقرير حقوق أخرى غير التي نص عليها، وذلك من خلال نص عام يعتبر مدخلاً لهذه الحقوق. ومن ذلك ما قضى به التعديل التاسع للدستور الأمريكي من أن النص في هذا الدستور على حقوق بنواتها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار الحقوق الأخرى التي احتجزها المواطنون لأنفسهم، أو التقليل من قدرها.

The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

وفي مصر تقرر المحكمة الدستورية العليا حقوق المواطن وحرياته المخصوص عليها في الدستور الدائم، على ضوء ما يقابلها في المواثيق الدولية، والتي يندرج تحتها بوجه خاص، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨، ووقعته مصر.

ذلك إن المحكمة العليا^(٢) وإن اعتبرته مجرد توصية غير ملزمة ليس لها خصائص المعاهدة الدولية المصادق عليها أو مقوماتها، وأنه حتى لو اتخذ هذا الإعلان شكل معاهدة دولية، فإن تعديل مواده بقانون داخلي يكون جائزاً من الناحية الدستورية^(٣)؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا التي خلفتها، تنظر إلى المواثيق الدولية -لا باعتبارها جزءاً من الدستور- بل لأن تطبيقها في مجال حقوق الفرد وحرياته الأساسية، يوفر للدولة القانونية خصائصها التي لا يجوز معها أن تنزل في مجال الحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها في الدول الديمقراطية.

(١) لا تدخل نصوص المعاهدات الدولية، في رزمة الدستورية.

(٢) هي الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا، وقد أقرها المشرع بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، مما أثار شكوكاً خطيرة حول دستورية هذه الرقابة التي كللها المشرع لا الدستور. وظل أمر هذه الشكوك محطاً بها، إلى أن صدر الدستور الدائم وقضى في المادة ١٩٢ منه بأن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بشأنها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(٣) محكمة عليا -الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ قضائية عليا- "مستورية" جلسة أول مارس ١٩٧٥ -تجريدة رقم ٢٣- ص ٢٢٨ من القسم الأول من مجموعة أحكامها وأقراراتها.

فلا تدخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في هذه الدول ضماناً أساسية لصون حقوق الفرد وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تدبر بالنظر إلى مكوناتها - وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة ٤١، ومنحها الرعاية الأولى والأفضل توكيداً لقيمتها، من بينها أن لكل جريمة عقوبتها، فلا يتحملها إلا من أدان عن الجريمة بوصفه مسؤولاً عنها؛ وأن قدر العقوبة أو مبلغها، ينبغي أن يكون مناسباً لخصائص الجريمة ودرجة خطورتها؛ وأن دستورية التجريم ترتبط بضرورته الاجتماعية؛ وأن العقوبة لا يجوز أن تكون مهينة في ذاتها، ولا منافية بقسوتها الحدود للمنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغسیر انتهاج الوسائل القانونية السليمة Due process of law؛ ولا متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد^(١).

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى الحقوق الأساسية للإنسان - لا على أساس ارتباطها بصفة للشخص كمواطن في بلد ما - بل لأن هذه الحقوق مردها إلى الخصائص الجوهرية التي تميز النفس البشرية وتمنحها سماتها^(٢)، بما يؤكد الطبيعة الشاملة لهذه الحقوق، وافتتاح نطاق تطبيقها، وتحمير اهتمام الجماعة الدولية حولها، واستعصاء تنظيمها وفق معايير وطنية لا تأخذ في اعتبارها ما طرأ على هذه الحقوق من تطور؛ بما يجعل حمايتها داخلها ودولياً ضرورة يقتضيها ضمانها حتى يكون وجودها حقيقياً، فلا تمارسها سلطة في حدود غير منطقية؛ ولا تنظمها بما يخل بثوابتها وصحيح محتواها.

٣٩- وعلى ضوء هذه النظرة الشاملة التي تبنتها المحكمة الدستورية العليا في مصر لحقوق الفرد وحياته، كان موقعها من المواثيق الدولية التي تنظمها. لتقيم منها حرم خلال إحالتها إليها - دعائم لقضائياتها. فلا تبدو حقوق الفرد وحياته - وطنياً كان أم أجنبياً - بمعزل عن أفق أعرض تسعها، وتمهد لثباتها - في مضامينها وغاياتها - مع تلك التي أقرتها الأمم المتحدة في مجتمعاتها،

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن الحقوق التي استخلصتها المحكمة من حماية الدستور للحرية الشخصية، غير منصوص عليها في الدستور، ذلك أن مبدأ شخصية المسؤولية؛ ومناسبة العقوبة للجريمة موضوعها وشخص مرتكبها وحظر إيقاع عقوبة قاسية أو شاذة أو مهينة؛ وعدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الفعل الواحد؛ وحظر تقييد الحرية الشخصية بغیر الوسائل القانونية السليمة؛ جميعها مبادئ غير منصوص عليها في الدستور.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

حتى تظل القيود عليها، بقدر ضرورتها، وفي الحدود التي تتماشى فيها النظم الديمقراطية، فلا يكون تنظيمها أدخل إلى مصادرتها، أو منتها إلى الحد منها.

ذلك أن لكل حق أو حرية، دائرة بذاتها هي النواة التي يدور حولها، والتي تتوافق للدول بوجه عام على ترسيم حدودها، فلا يجوز تنظيم الحق أو الحرية إلا فيما وراء حدودها الخارجية، وهي بعد دائرة لا يجوز اقتحامها. فإذا انقضض المشرع عليها أو قوض بنيانها، أحالها ركلا^(١).

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى ديباجة الدستور للقائم -التي تسميها بعض الدساتير العربية <«التوطئة»>- باعتبارها جزءا من الدستور يشكل مع نصوصه كلا غير منقسم، لأنها مدخل إلى محتواه، وتعين على فهم بعض جوانبه، وعلى الأقل فيما ورد بالديباجة من معان واضحة تكون بذاتها كاشفة عن القاعدة للقانونية الكامنة وراءها^(٢).

(١٢)

تحدد مدخل حماية حقوق الإنسان

٤٠- واليوم فإن الحماية الواجبة لحقوق الفرد وحرياته لها مدخل متعددة في النطاق الداخلي: لها النموذج الأمريكي. ويتحصل في النص على حقوق الأفراد وحرياتهم في الدستور ذاته، مع تخويل محكمة عليا المرونة اللازمة والسلطة الكافية التي تحدد بها نطاقها، والأغراض التي توخاها، القيم التي تحتضنها، فلا تكون سلطة التفسير النهائي لنصوص الدستور لجهة غيرها^(٣).
The ultimate interpreter of the Constitution

(١) دستورية عليا القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٤٥- من ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية دستورية جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٧- من ٣٢٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) Powel V. McCormack, 395 U.S. 486, (1969).

ففي هذه القضية تناول المحكمة العليا الولايات المتحدة الأمريكية، أن مسئوليتها هي أن تعمل باعتبارها جهة التفسير النهائي لأحكام الدستور

It is the responsibility of this court to act as the ultimate interpreter of the constitution.

وأبسطها، أن تكون الكلمة النهائية أو الرئيسية للبرلمان من خلال السلطة التقديرية المطلقة التي يملكها في مجال تنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم^(١).

مثلاً هو الحال في المملكة المتحدة، وإن كان دخولها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، قد جعلها مثلاً يطو السلطة التشريعية ويقيدها Une charte supranationale ويلزمها بتفويض الأحكام القضائية التي تصدر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تطبيقاً لهذه الاتفاقية.

وأبسطها، تلك النظم التي تزوج في مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بين السيادة البرلمانية والسيادة القضائية. وهو ما عليه الحال في كندا منذ نفاذ ميثاقها في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم في ١٧ من أبريل ١٩٨٢. ذلك إن هذا الميثاق يمثل خطوة رئيسية بالغة الأهمية في الحيلة الدستورية في هذا البلد منذ إقرار نظمها الفيدرالي في ١٨٦.

ومن جهة، يقرر هذا الميثاق، أن الحقوق المنصوص عليها فيه، لا يجوز تقييدها بغير قاعدة قانونية، وفي حدود منطقية، ووفق الضوابط التي تحتفظها الدول الديمقراطية الحرة.

ومن جهة ثانية، تخول المادة ٣٣ من هذا الميثاق، كلا من البرلمان ومشرع المقاطعة، الحق في أن يصرح في قانون يصدره، بمرين أحكام هذا القانون، أو بعضها، دون ما اعتكاد بحكم المادة الثانية من الميثاق، أو بالعودة من ٧ إلى ١٥ منه. وهو ما يعنى وقفها خلال المدة التي نص عليها القانون، والتي لا يجوز في أية حال، أن تزيد على خمس سنين اعتباراً من وقت نفاذ.

فإذا لم يكن ثمة تصريح على النحو المتقدم [La clause Dérogatoire [Clause Nonobstant]]، فإن السلطة القضائية تستعيد ولايتها كاملة في مجال التفسير النهائي للدستور والميثاق^(٢).

(١) لبعض الوثائق أممية كبرى في المملكة المتحدة، فلا يجوز الخروج عليها ومن بينها ملتمس الحقوق Petition of Rights وكذلك وثيقة لمانجا كوتا.

(٢) Gerald. A. Beaudon, La Constitution du Canada, 2e Tirage, révisé, 1991, pp. 631, 788-790.

ويلاحظ أن المادة الثانية من الميثاق التي يجوز وقف العمل بها، تتكلم عن حرية العقيدة وحرية الفكر والاعتقاد وحرية التعبير وحرية الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال، وكذلك الحق في المجتمع وحرية الاجتماع. أما المبادئ من ٧ إلى ١٥، فتخص مجموعة من الحقوق، من بينها حق الإنسان في الحياة وفي الحرية، وفي السلامة الشخصية، وفي ألا يحتجز أو يمس بصورة تصفية أو تكمية، وكذلك في شتمه بالضمانات المنصوص شئ. غير المادة الماثرة من الميثاق في مواجهة القبض أو الاعتقال.

٤١- ولا تنزع بعض الدول، في مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بالنص عليها في الدستور. ولكنها تحول دون تعديل نصوص الدستور التي تكفلها أو تنظمها، لتظل حقوق الفرد وحرياته عصية على كل محاولة لتغيير مضمونها أو إبطالها بغیرها.

ومن هذه الدول جمهورية ألمانيا الاتحادية، التي كفل قانونها الأساسي -هو الدستور المعمول به فيها- للميادة لأحكامه؛ ونص على ضمان الحقوق الفردية استقلالا عن الدولة؛ وأنشأ نظاما يقوم على تقسيم السلطة وتوزيعها؛ وأقام سلطة قضائية لها استقلالها، على رأسها المحكمة الدستورية.

ثم قرن القانون الأساسي^(١) هذا للتنظيم بشرط الدائمة Eternity clause المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٩٧ من هذا القانون، التي تحظر كل تعديل يتناول المبادئ المنصوص عليها في مادتيه الأولى والعشرين، التي تقرر أولاهما أن كلمة الفرد لا يجوز انتهاكها؛ وأن على الدولة أن تعمل على احترامها وضمان حمايتها؛ وأن حقوق الإنسان لا يجوز للزول عنها أو الإخلال بها؛ وأن شعبها يقر بضورتها لكل جماعة، وإرساء السلم والعدل؛ وأن الحقوق الأساسية المنصوص عليها في المواد التالية، تقيد كل سلطة بوصفها قانونا نافذا بصورة مباشرة As directly enforceable law.

(١) عمل بالقانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية اعتبرا من ٢٣ مايو ١٩٤٩. وقد سمي كذلك لأن الذين وضعوا هذا القانون، كانوا غير راغبين في أن يخلعوا وصف الدستور على وثيقة صاغوها لتحكم جزءاً من ألمانيا، ولفترة محدودة تنتهي بالضرورة بتوحيد ألمانيا. وكانت وجهة نظرهم أن القانون الأساسي المذكور يلف سريته اعتباراً من صدور دستور يحكم ألمانيا في جميع أجزائها بعد تدمجها ببعض. ولأن هذا الدستور ان يكاده مجلس برليني Parliamentary Council مقما هو الأمر في القانون الأساسي، وإنما توقعه الإرادة الحرة للشعب الألماني في مجموعه. ولكن الذي حدث كان غير ما توقعوه، فقد قبلت ألمانيا الشرقية الاندماج في ألمانيا الاتحادية (الجزء الغربي من ألمانيا) تحت لقانون الأساسي، وهو ما دل على قبول المواطنين في مجموعهم لهذا القانون، حتى بعد توحيد ألمانيا بشروطها.

وبلاحظ أن القانون الأساسي تضمن تصالحاً بين نزعة تطبيقية تحررية من جهة، كان لها أثرها في صون هذا الدستور للحق في الحياة وتكامل الإنسان بنديا [مادة ٢]، وكذلك الحق في التكفل في المعاملة القانونية [مادة ٣] وإلى مباشرة الحقوق [مادة ٤] وفي حرية التعبير [مادة ٥] وفي ضمان الحق في التجمع وحرية الاجتماع [مادتان ٩ و١٠] وفي حرمة الحياة الخاصة [مادة ١٠] وحرية الانتقال [مادة ١١] والحق في الملكية [مادة ١٤]؛ وبين نزعة اشتراكية من جهة ثانية تلزمها وظيفة الملكية والسيطرة الشعبية على الموارد الاقتصادية؛ ونزعة ديمية من جهة ثالثة تعكسها الحماية التي يكفلها الدستور للزواج والأسرة، وحق الآباء في تطيم أبنيتهم. وكان من شأن هذا التصالح أن أمن المواطنين بوجه عام، بأن قانونهم الأساسي جماع قيم يرتضونها، ووعاء لحقوقهم وواجباتهم التي ناضلوا من أجلها.

وتنص ثانيتهما على أن جمهورية ألمانيا الاتحادية دولة ديموقراطية، واشتركتية فيدرالية؛ وأن سلطة الدولة -في كل صورها- نابعة من شعبها؛ وأنه يمارسها من خلال حق الاقتراع وحق اختيار ممثليه، وعن طريق سلطة تشريعية تصدر قوانينها بما لا يناقض النظام الدستوري، وسلطتين تنفيذية وقضائية، تتكبدان بالقانون والعدالة؛ وأن لكل المواطنين الحق في مقاومة هؤلاء الذين يعمدون إلى إلغاء النظام الدستوري لهذه الجمهورية، إذا تعذر حملهم على التحول عن موقفهم بطريقة أخرى.

تلك هي الأحكام التي حظر لقانون الأساس لجمهورية ألمانيا الاتحادية تعديلها، وهي تسد على أن كرامة الإنسان هي القيمة الأعلى التي لا يجوز التفريط فيها؛ وأنها الدعامة التي ترتكز عليها كل الحقوق الإنسانية التي يصونها الدستور؛ بل هي نقطة البداية في كل نظم يريها.

ومن ثم كان منطقياً أن يكون ضمان حقوق الفرد المترتبة على صون كرامته، كافلاً لأولوياتها على ما عداها، ومؤكداً أبنيتها من خلال حظر تعديلها، وجاعلاً لكل فرد وقع عدوان من السلطة على حقوقه، حق النفاذ إلى جهة القضاء العادي للحصول منها على الترضية القضائية الملزمة، ما لم يكن المشرع قد عهد بالفصل فيما قد يثور من نزاع بشأنها لجهة غيرها^(١).

وهو ما يعنى أن حقوق الفرد وحريته، لا تعتبر غاية في ذاتها مجردة من الضمانة القضائية التي تحميها. بل تكون هذه الضمانة جزءاً منها.

وما الدولة بكل هياكلها إلا أداة دمج الأفراد في مجتمعها لربطهم بقم أعلى يكون فيها الفرد حراً بشرط إيمانه بأن الحقوق التي ينبغي أن يحوزها يتمتع بها، هي تلك التي تتوافق الجماعة عليها، ويكون اعترافها بها كافلاً للخير العام، وهو ما تضمنه الديموقراطية التمثيلية في إطار من تقسيم السلطة والفصل بين أفرعها^(٢).

(١) الفقرة الرابعة من المادة ١٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية.

(٢) Donald J. Pionniers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Second Edition, Duke University Press, pp.30-33.

(١٣)

خضوع السلطة للقانونأولاً. مبدأ الخضوع للقانون جوهر على الشرعية الدستورية

٤٢- يبلور مبدأ الخضوع للقانون، جوهر الرقابة على الشرعية الدستورية وأساسها.. وهو كذلك ضمان لحمل السلطة أياً كان موقعها، على التقيد بالضوابط التي ألزمها الدستور بها ليمنعها من تعميق امتيازاتها، أو إساءة استخدامها، أو فرضها لقيم تزعى بها مصالح محدودة أهميتها، أو إهمالها إرادة مواطنيها أو امتثالها، أو تنظيمها لشئونهم بما يروعونهم، أو تكفلها في مظاهر حياتهم الخاصة، أو انقلابها على حقوقهم وحياتهم لمصلحتها، أو قمعها لخصومها لضمان طاعتهم لها.

ولقد كان الصراع من أجل إرساء قاعدة تقيد السلطة، ممثدا حقبا عريضة في أحوال الزمن. وتوخى دوماً أن تكون السلطة أفضل في عطائها ومصدققيتها وحيثتها وجانبيتها، وأن يحكمها القانون وحده بالصيغ التي يتضمنها، والتي لا يجوز للتحايل عليها سواء لوقفها أو لتجاهلها.

واقترن تقيد السلطة في الدول الديمقراطية، بضرورة موازنتها بسلطة تقابلها وتعادلهما، وكان للتحوط دائماً من السلطة التنفيذية باعتبارها بؤرة القوة، ولأنها تميل عادة من خلال اتساع سلطانها، إلى قهر الآخرين وإكثار حرياتهم.

وصار الخضوع للقانون إطاراً ضد صور القهر على اختلافها، وضماناً لتنظيم الحرية بما لا يخل بمضمونها.

بل إن القانون كان يعد باطلاً إذا نقض فيما للحل تطوره، أو كان مجافياً للمنطق، أو كان تنفيذه مستحيلاً.

وظهر الدستور بالتالي باعتباره قانوناً أساسياً مستكداً في إعلاء نصوصه على إرادة الجماهير للحرية التي صاغتها، فلا تكون السيادة لأية سلطة، بل لهذه الإرادة وحدها، وعليها تستمد السلطة مشروعيتها، وعلى ضوءها تعمل السلطة من أجل ضمان مصالح الجماهير التي فوضتها في تنظيمها.

وإذا كان لقوة السلطة توحشها كحيوان ضار، فإن إفراغ السلطة من عناصرها بأسسها يفقدها فعاليتها.

وصار ضروريا بالتالى ألا تتمحض السلطة عن امتياز للأشخاص الذين يباشرونها، وأن يقتزن إيداع السلطة فى أيديهم بترزيما، ويمر لقبها فى إطار القواعد التى تحدد حركتها.

وهى قيود يقتضيها الدستور، وتقرضها جهة الرقابة على الدستورية حتى يكون تقاسم السلطة فطريا، وليس شكلا ظاهريا يمحج أفرعها فى بعضها LA-CONFUSION DES POUVOIRS.

ويزيد من خطورة الأمر أن السلطة التشريعية فى كثير من الدول -للإسمية بوجه خاص- لا تباشر رقابتها الفعلية على السلطة التنفيذية، ولا توزيها فى سطوتها. وصار الأصل هو خضوعها لها بطرائق مختلفة، وإن قارنها حرص السلطة التنفيذية على أن يكون للسلطة التشريعية وجوداً قانونياً، إبقاء على الواجهة الديمقراطية فى ظاهر ثوبها.

ثانياً: المفاهيم التى تقوم عليها مبدأ الخضوع للقانون

٤٣- وقد تطور مبدأ الخضوع للقانون إلى أن صار مثلاً أعلى فى إطار نظم ديمقراطية تبلور إرادة مواطنيها من خلال حق الاقتراع، وتعطى أغليبيتهم حق تشكيل هذه النظم، وتكفل لجسيهم مساويعهم فى مجال إشرافهم عليها، ومحاسبتهم المسؤولين عن إدارتها، وتمثيلهم فيها تمثيلاً منصفاً، مع تنوع مراكز اتخاذ القرار. وكل الخضوع للقانون بالتالى، تعدد الآراء لا توجيهها، وربط مشروعية السلطة، بتساميحها عن أهوائها، وبتماسيحها مع خصوصها، وبقيادتها لقيم ديمقراطية يتصدها أن يكون إسناد السلطة وتوليها وتداولها عملاً تلقائياً حراً وعريضاً، وأن يتزاهم عليها بالتالى من يرتدون الظفر بها، فلا يكون انتقاهم عملية تحكمية، بل تفضيلاً واعياً بصيراً.

ثالثاً: علو القانون على السلطة بكل تنظيماتها

٤٤- وفى إطار هذه المفاهيم، صار لازماً أن يعلو القانون على السلطة بكل تنظيماتها، فلا يكون عنوانها على حقوق مواطنيها بنجر جزاء، ولا مقاومة لحرقاتها تمرداً غير مقبول، ولا تنظيمها لشئونهم عملاً سرياً يحملون عليه حملاً.

وإنما ترعى السلطة حدودها لضمان مشروعاتها، فلا تكون حركتها بعيداً عن النظم القانونية التى توجهها. بل تعمل فى إطارها وفق قيم الجماعة، وبما يصون مبادئها، ويبرز تحتها ضرورة أن تتوافق هذه النظم مع الدستور باعتباره وثيقة تقدمية، يرتبط إنفاذها بصرامة تطبيقها على منسوه أوضاع متغيرة بطبيعتها.

وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا في مصر التي لا يجوز أن يكون موقفها من حماية نصوص الدستور متراجعا، بل مؤكدا عزمها على حراستها، ومنبثا عن ردعها لكل صور العدوان على كل حق أو حرية كفلها الدستور، فلا تكون رقابتها على الشرعية الدستورية غير إدراك لمتطلباتها.

رابعاً: شرعية السلطة تقتضي تداولها والقبول بها بالطرق الديمقراطية

٤٥- ولا تزال شرعية السلطة بعيدة عن أن تكون إرثاً أو تعاقباً زمنياً متصلة حلقاته إلى ما لا نهاية. ويناقها كذلك أن تكون خطوة بائسة في مستقع أس.

كذلك فإن انتزاع السلطة بالقوة لا يبرر ممارستها. وفرضها لإرادتها عنوة لا يوثق صلتها بمواطنيها.

وانحيازها لمصالحها الضيقة أو خروجها عن حدود التفويض المخول لها، يفوضها، ويمهد لزلها.

ذلك إن ما يؤسسها ويدعو إلى احترامها، هو القبول العام بها. وما يطورها هو تنظيمها ليهيئها بصورة مقكرة، واحتفاؤها بأمال مواطنيها وتطلعاتهم.

وصح ما قرره المحكمة الدستورية العليا بإطراد في أحكامها من أن مبدأ الخضوع للقانون، هو ركيزة الدولة القانونية وأساس بنائها، وأن موداه أن تنقيد السلطان التنفيذي والتشريعية بالقواعد القانونية التي تلوهما، والتي يتحدد مضمونها على ضوء المقاييس التي التزمها الدول الديمقراطية بإطراد في مجتمعاتها، واتخذتها طرائق لحياتها، ونهجا لأشكال حركتها، ومظاهر سلوكها.

خامساً: يحدد الدستور لكل سلطة ولايتها ووطوقها

٤٦- وبدا واضحاً للأذهان أن الدستور وثيقة مدونة تطو بأحكامها على القواعد القانونية جميعها، وأنها تحدد لكل سلطة صلاحياتها، وتطوقها في الوقت ذاته *Conferred and circumscribed competence* وأن الأصل هو أن يباشر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ولايتها في شأن النصوص القانونية جميعها، وإلا جاز القول بوجود منطلق من الدستور على الجهة القضائية أن تفضض عنها أعينها.

ومما يميز قاعدة الخضوع للقانون، أن الأصل في الأفرع التي تنقسم السلطة، أنها متكافئة فيما بينها، وأن كلا منها يقوم بوظيفته في الحدود التي نص عليها الدستور؛ فلا ينتحل امتيازاً ثابتاً لفرع آخر؛ ولا يباشر مظاهر سلطته إلا على ضوء ضوابطها، كي يكون خضوعها للقانون، ذاتياً لحرارها، حائلاً دون تحكمها.

كذلك فإن نزول الدولة -باعتبارها شخصاً قانونياً- على القواعد المقيدة لسلطتها، يوحد بين الفرقاء داخل الوسط الاجتماعي، ويحول دون تفاقم صور الصراع بين بعضهم البعض، ويكفل شكلاً لمصالحة بينها وبين مواطنيها، وعلى الأهل في مجال دعمها لحقوقهم وحريلتهم والعمل على حمايتهم.

سادساً: خضوع السلطة للقانون لا ينال استقرارها

٤٧- كذلك لا ينالض خضوع السلطة للقانون، ولجبتها في أن تحفظ وجودها وأن تكفل وحدتها واستقرار نظامها، وأن تحقق للجماعة تماسكها بما يؤكد مفهوم التضامن الاجتماعي بين أبنائها الذين يتصاعد احتياجاتهم باطراد في محيط الجماعة، ووفق قيمها.

شأن خضوع الدولة للقانون، شأن خضوع غيرها من أشخاص القانون لأحكامه، وإلا كان الجزء قرين خروجها على نواحيه ولولمه، مما جعل البعض يقابل بين خضوع للدولة للقانون من جهة، وبين تقييدها لسلطاتها بنفسها من خلال القوانين التي تصدر عنها، والتي لا تلبس نزواتها وميلها إلى التسلط من جهة ثانية. *La theorie de l'autolimitation*.

سابقا: الفصل بين شخصية السلطة والخضوع للقانون

٤٨- ويظل صحيحا قانونا، أن شخصية السلطة من ناحية، وخضوع من مباشرها للقانون من جهة ثانية، أمران متنافران. ذلك أن كل قابض على السلطة، لا مباشرها إلا نيابة عن الجماعة، ولصالحها، وعلى ضوء قيمها^(١).

وفي هذه المنطقة تتحقق جهة الرقابة على الدستورية من مباشرة الاختصاص في حدوده، بعد تثبتها من وجوده.

وفي هذا المقام، ينبغي التمييز في مجال تفسير الدستور، بين تفسير نهائي ينفذ لجهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية من جهة؛ وبين تفسير مبدئي يتولاه من جهة ثانية الأفرع التي تتوزع السلطة عليها في إطار من الاحترام المتبادل فيما بينهما- كي يحدد كل منها نطاق ولايته على ضوء فهمه للنصوص الدستورية التي ترسم تفويضها^(٢).

In the performance of assigned constitutional duties, each branch of the government must initially interpret the constitution, and the interpretation of its powers by any branch, is due great respect from the others.

ثامنا: بين الخضوع للقانون والسلطة التقديرية للمشرع

٤٩- ولا تتأقضى السلطة التقديرية -الأصل فيها هو الإطلاق- خضوع الدولة للقانون بما يفرضه عليها من قواعد تلوها.

ذلك إن السلطة التقديرية -رسوا بإشرافها السلطة التشريعية أو التنفيذية- هي في حقيقتها موازنة بين البدائل التي تتزاحم فيما بينها لتنظيم الموضوع للوحد، توطئة لاختيار أقلها تقييدا للحرية، وأقربها اتصالا بالأغراض التي يراد تحقيقها، وأدخلها لحكم العلاقة القانونية المعنية، وبافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها في مضمونها وغاياتها.

(١) دستورية طيا -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية- دستورية- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -مساعدة رقم ١٤- ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) United States V. Nixon 418. U.S. 683, (1974).

ولا كذلك أن يقيد الدستور السلطة التقديرية في بعض جوانبها، إذ يحيلها الدستور فيما تعلق به التقيد من صور اختصاصها، إلى سلطة مقيدة.

وفي ذلك، تقرر المحكمة الدستورية العليا بأن: "السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وإن كان الأصل هو إطلاقها، إلا أن القيود التي يفرضها الدستور على هذه السلطة، هي التي تبين تخوم الدائرة التي تصون الحقوق التي ضمنها الدستور، فلا يكون إقتحامها إلا عدواناً على هذه الحقوق مجانباً حدود تنظيمها، ومنتهياً إلى مصادرتها أو تقييدها^(١)".

بما مؤده أن السلطة التقديرية لا يجوز أن تخطط بالسلطة التحكيمية. ذلك أن التقدير ليس استهواء أو تشهياً، وإلا صار إجحافاً.

ولتصال التقدير بموضوع معين، مقتضاه ألا يكون دافراً في الفراغ، وتوحيه تحقيق أغراض بذواتها، يفترض ألا يكون التقدير منفكاً عنها.

ومن ثم تقوم علاقة منطقية بين النصوص القانونية التي صاغها المشرع من جهة، وبين أهدافها من جهة ثانية. ذلك إن هذه النصوص تعتبر مجرد وسائل لاختارها المشرع لتحقيق الأغراض التي نواها من تنظيم موضوع معين.

لذا لم تكن صلة منطقية بين النصوص القانونية، والأغراض التي نواها، صار التنظيم التشريعي مخالفاً للدستور^(٢).

وأساس ذلك، أن تنظيم المشرع للحقوق غير مقصود لأغراض نظرية، بل بتفيا تحقيق مقاصد بذواتها حرص المشرع على بلوغها من خلال النصوص القانونية التي صاغها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٥٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. كذلك القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٨/٥ - ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ ص ١٠٦ وما بعدها من هذا الجزء.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٨/٥ - ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولأن كل تنظيم يتضمن تقييماً تشريعياً أو تصنيفاً Legislative classification من خلال الحقوق أو المزايا التي يمنحها لفئة دون أخرى، أو عن طريق الأعباء التي يلقبها على البعض أو التي يتفهم منها، فإن اتصال النصوص القانونية التي يقوم عليها هذا التقسيم التشريعي بأهدافها، ينبغي أن يكون حقيقياً، ومنطقياً، وإلا صار منطوياً على تمييز غير مبرر دستورياً.

ولا كذلك السلطة التحكيمية التي تلتصق بطبيعتها خضوعها للقانون، سواء عند ميلادها أو من خلال مظاهر مباشرتها. إذ تتمحور انفلاتاً من القواعد التي فرضها الدستور في مجال تأسيسها، وعلى صعيد ممارستها.

تاسعاً: منفاة للخضوع للقانون للنظم الاستثنائية كأصل عام

٥٠- ويلاحظ أخيراً، أن حقوق الأفراد وحررياتهم لا تصونها قوانين استثنائية لا تقتضيها الضرورة في أعقق ملاحظها. كذلك التي تحبر السلطة بها عن ميلها إلى العدوان أو إلى التسايط والاستعلاء. ذلك أن هذه القوانين تتمحور غلوا في مجال التقيد التي تفرضها على حقوق الأفراد وحررياتهم. وتقوم على تطبيقها كذلك هيئة استثنائية سواء في تشكيلها أو في مضمون القواعد القانونية التي تطبقها، بما يخل بحق المتقاضين في الحصول من قاضيه الطبيعي على الحد الأدنى من ضماناتهم التي يكلها الدستور والقانون.

عاشراً: فرائض مبدأ الخضوع للقانون

٥١- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، يفترض مبدأ الخضوع للقانون:

أولاً: أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء في مجال طلبها أو الدفاع عنها واقتضاءها، أو على صعيد الطعن في الأحكام التي تتعلق بها. ذلك أن الناس لا يتميزون فيما بينهم في مجال فرضهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي؛ ولا في مضمون القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع للحقوق ذاتها التي يدعونها؛ ولا في اقتضاءها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها^(١).

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية - دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامه.

ثانياً: أن تكون القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية، واقعة في حدود ضيقة، ليبلغ اليقين بها حداً يعصمها من كل جدل حول دلائلها Legal Certainty، وحسبى لا يكون تطبيق رجال السلطة لها، انتقائياً قائماً على معايير شخصية تخالفها الأهواء، وتقال من الأبرياء^(١).

ثالثاً: أن يرتبط نفاذ القاعدة القانونية في حق المخاطبين بها، بإعلانها من خلال نشرها لضمان نبوع أحكامها، وامتناع القول بالجهل بها، فلا يكون نشرها إلا كقلا ووقوفهم على ماهيتها ونطاقها، حائلاً دون تنصلهم منها، ولو لم يكن علمهم بها يقيناً، أو كان إدراكهم لمضمونها مشكوكاً فيه.

ذلك أن حملهم قبل نشرها على النزول عليها سرحم من الأغيار في مجال تطبيقها - إخلال بحرياتهم وبحقوقهم التي كفلها الدستور، دون تقيد بالوسائل القانونية التسلمية التي حدد الدستور تخومها وفصل أوضاعها، والتي يندرج تحتها أن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا توفر إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها. ولا يجوز التدخل بها سرحم زوال مقوماتها - لتتظلم حقوق المواطنين أو حرياتهم.

رابعاً: أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، كذلك المتعلقة باقتراحها أو بإقرارها، أو بإصدارها، أو بنشرها في الجريدة الرسمية؛ لا يستقيم بنائها، وتعامل بالتالي كالعدم سواء بسواء.

والقول بأن القواعد القانونية التي لا نفاذ لها، لا تنص بأحد لامتناع تطبيقها، مردود، بأن الرقابة على الشرعية الدستورية، تستهضم تلك النصوص التي جرى تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها، إذ يستبر إضاعتهم لها، تنحلاً فعلياً Actual Interference في شؤونهم، ملحقاً ضرراً مادياً أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ - القاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٥٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

خامساً: كلما ارتبط تجريم أفعال بذواتها بوقوعها في مكان معين، تعين على المشرع أن يبين أوصافه وحدوده، بصورة جلية لا غفاء فيها، وإلا كان مجهلاً بنطاق الدائرة التي لا يتصور وقوع الأفعال التي أنشأها فيما وراء حدودها الخارجية^(١).

سادساً: كذلك فإن ربط الأغراض التي يراد تحقيقها، بالوسائل إليها An end - means test يعتبر أحد العناصر الجوهرية لخصوع الدولة للقانون.

وعلى ضوء هذه القاعدة، لا تنظر جهة الرقابة على الدستورية إلى نصوص الدستور في ذاتها، ولكنها تجيل بصرها في أمر خارج عنها، هو ما إذا كانت القواعد التي فرضتها السلطة التشريعية على الحقوق التي كفلها الدستور، ترقى محتواها، فلا تنسبها، خاصة حين تربو الأعباء التي تفرضها النصوص القانونية في شأن حقوق الأفراد وحررياتهم، على الثمار التي تريد السلطة التشريعية أن تحصل عليها من وراء تنظيمها لها.

سابعاً: ويفترض الخضوع للقانون كذلك، وحدة البنيان الموضوعي للقيم A unified structure of substantive values وعلى الأخص تلك التي تتعلق بتحقيق ديمقراطية برلمانية حرة وتمثيلية، بمنزلة حقوق الأفراد وحررياتهم التي أدرجوها في الدستور.

وتتأتى موضوعية القيم الكامنة وراء الحقوق التي كفلها الدستور، في أن لكل منها وجوداً واقعياً في ظل أحكامه، فلا تعتبر مجرد قيم فلسفية، ولكنها تقيد كل سلطة وتزجها بالانزول عليها في إطار عناصر نظامها القانوني ومفرداته.

فحق الاجتماع، والحق في الملكية وحرية التعبير، وحق الشخص في اختيار الحرفة التي يريد امتثالها، تقارنها مجموعة من القيم تعتبر غاية نهائية لهذه الحقوق، فلا يجوز الإخلال بها.

كذلك فإن الحق في صحافة متحررة من القيود التي تقوض استقلالها، لا يحول دون تنظيمها، لضمان القيم الموضوعية للجماعة في الديمقراطية والحرية، ومن بينها ألا تكون الصحافة أسيرة مصالح فئوية تهيم عليها وتوجهها.

(١) لكل محمية بحرية - بالضرورة - حيز من المياه البحرية ويكون محدداً لنطاق الدائرة التي لا يتصور أن تقع الأفعال التي أنشأها المشرع فيما وراءها. فلذا لم يبين المشرع أصلاً حدود المحمية البحرية، أو أشار إليها بصورة إجمالية ثم أغفل نشر الخريطة التي تبين حدود المحمية في الجريدة الرسمية، فإن خاصية اليقين التي تهيم على التجريم تكون مفتقة، بما يناقض الخضوع للقانون، ويخل بالحرية الشخصية من خلال قيود غير مبررة تنال من جوهرها - الحكم السابق - ص ٣٢٧ - ٣٢٩ من الجزء السابع.

بيد أن موضوعية القيم، لا تعني أن تعزل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، العناصر السياسية للقيم عن متطلباتها الواقعية. بل تتحدد هذه القيم على ضوء نظرة شاملة تحيط بكل العناصر التي كونتها، وعلى الأخص في محيط الرقابة على الدستورية التي لا يفصل فيها القانون عن السياسية، بل يكون تداخلهما تعبيراً عن جوهر هذه الرقابة وحقيقتها. وموضوعية القيم الكاملة وراء نصوص الدستور، هي التي تعطى الحقوق التي كلها ضماناتها العملية وتقويها.

ذلك أن هذه القيم، هي التي تحكم النظام القانوني في مجموع مكوناته، وتؤثر بالتالي في القانونين العام والخاص، وتوحد تطبيقاتهما في كل ما يتصل بالأغراض النهائية التي تتوخاها الحقوق الأساسية التي ضممها الدستور Objective underlying guaranteed basic rights.

كذلك فإن موضوعية القيم التي احتضنها الدستور، هي التي تظهر أحكامه مما يكون قد شأبها من غموض. ذلك أن هذه القيم هي التي تحدد -من منظور اجتماعي- ما قصده الدستور بالحق أو الحرية محل الحماية^(١).

خاتمة عشر: مبدأ الخضوع للقانون في الدول الفيدرالية

٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يقوم مبدأ الخضوع للقانون على صون مجموعة من القيم التي يمكن استخلاصها من نصوص الدستور الفيدرالي، من بينها ضمان وحدة الدولة الفيدرالية، وتكامل إقليمها، والتوافق بين مصالحها ومصالح ولاياتها The principle of federal comity؛ وضمن نظامها

(١) يلاحظ أن أهم جهة الرقابة على الدستورية، للقيم التي يحتضنها الدستور، إما أن يتم على ضوء نظرة تحريرية Liberal theory تأخذ في اعتبارها الحرية الاقتصادية والحق في تقرير المصير، وتؤكد الطبيعة السلبية لحقوق الفرد في مواجهة الدولة؛ أو نظرة تربط حقوق الفرد بالتجمعات المختلفة، كالجماعات الدينية. ووسائل الأعلام ومراكز البحث الطبي وعلاقات الزواج والأسرة Institutional theory. أو على ضوء نظرة قوامها أن لهذه القيم خصائصها الذاتية النابعة من كرامة الإنسان والمولادة عن ملامح اللسان البشرية وطبيعتها Value - oriented theory.

وإذا نظر إلى هذه القيم على ضوء ما يلائم بعض الحقوق من ملامح سياسية ذات طبيعة عرضية كالحق في حرية التعبير والاجتماع، فضلاً عن الدور الذي تلعبه الانتخابات والأحزاب السياسية Democratic theory. ولغيراً فإن النظرة الاجتماعية لهذه القيم Social theory تركز على أهمية العدالة الاجتماعية والطوق الثقافية والأمن الاجتماعي. وعادة لا تعتمد جهة الرقابة على الدستور في بحثها عن القيم الكاملة وراء نصوص الدستور، بنظرية دون أخرى، ولكنها تعمل على التوافق بين عناصرها وتزيل التوتر بينها قدر الإمكان.

See, Donald P. Kommers, Ibid, p. 49.

الديموقراطية الحر Free liberal democratic order؛ وإسهام أحزابها السياسية في تكوين الإرادة
 السياسية لشعبها؛ وامتناع تعديل نصوص الدستور الفيدرالي التي حظر تعديلها Unconstitutional
 constitutional amendment؛ ومعاملة نصوص الدستور الفيدرالي باعتبارها مترابطة فيما بينها؛
 The principle of principle of the constitution's unity وتفعيلها للحصول على أقصى نواتجها
 optimal effect، فلا يقع تنازع في القيم على صعيد الدولة الفيدرالية في مجموع مكوناتها، ولا تحبط
 إحداها أغراضا لغيرها.

(١٤)

بين تخرج قواعد الدستور وتساويها
أولاً: نصوص الدستور لا تخرج فيها

٥٣- لقواعد الدستور جميعها مرتبة واحدة، فلا ينتظمها تخرج هرمي يقدم بعضها فوق بعض.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

<>الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها، ولا ينتظمها تخرج هرمي يجعل بعضها أقل شأنًا من غيرها أو في مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز إلتحامه بالقيود التي تفرضها النصوص التشريعية، ويتحدد هذا المجال بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه، على ضوء طبيعة كل حق منها؛ وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره؛ وفي إطار الرابطة الحميمة التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور، باعتباره مخرلاً لإيها، أو لازماً لصونها>^(١).

ثانياً: ديباجة الدستور وقيمتها

٥٤- وشأن ديباجة الدستور، شأن القواعد المنصوص عليها في صلبه، كلما حوت هذه الديباجة قواعد من طبيعة دستورية. ولئن كان البعض يميز في ديباجة الدستور بين عباراتها الغامضة التي لا يجوز التعويل عليها من جهة؛ وبين ألفاظها الواضحة التي يمكن ضبط معانيها من جهة ثانية؛ إلا أن ما ينبغي التركيز عليه في ديباجة الدستور، ليس غموض معانيها أو وضوحها، وإنما القواعد القانونية التي تنشئ هذه الديباجة بها.

فكلما تحذر علينا أن نستنبط من هذه الديباجة -حتى في أجزائها الواضحة معانيها- قاعدة قانونية لها خصائص القواعد الدستورية ولامعها، فإن هذه الأجزاء تدعم قيمتها الدستورية، ولا تريد

(١) دستورية عليا -القتضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٧ قاعدة رقم ٣٧ من ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

عبارتها عن أن تكون سردا لحقائق تاريخية، أو لمرحلة من نضال الجماعة أو لأطوار من التطور بلغتها أو لإمال ترجوها وتخطط لها^(١).

ثالثا: الوثائق ذات الطبيعة الدستورية وقيمتها

٥٥- وقد تكون بعض الوثائق ذات الطبيعة الدستورية، سبق في وجودها من الدستور. وقد تتعدد هذه الوثائق وتتكون، ويزداد ثراؤها تبعاً لاختلافها في المسائل التي تنظمها واتساع أفاقها وتعدد جوانبها، وتعلق بعضها بالحقوق السياسية والمدنية، وبعضها الآخر بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية أو مزيج منها. ومن ثم تشكل هذه الوثائق -في مجموع مفرداتها- روادد متكيفة لصورة هذه الحقوق جميعها.

وكثيراً ما يثير الجدل حول أهمية هذه الوثائق في علاقتها ببعضها، ودرجة الحماية التي ينبغي أن توفرها لها، وعما إذا كان قدم بعضها يسوغ إطرلحها أو التقليل من أهميتها، أو تقديم غيرها عليها.

وتظهر حدة هذه المشكلة، إذا كانت جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تحكم في مجال فصلها في دستورية القوانين - إلى نصوص الدستور وحدها. بل تنضم إليها وثائق أخرى لها طبيعة دستورية، وتشكل في مجموعها كتلة واحدة تكون معانيها غير متوافقة فيما بينها، بما لا يوجد بين أجزائها، بل يقيم بعض أشكال التعارض بينها، وعلى الأخص إذا صدرت هذه الوثائق في أزمان مختلفة تتباين ظروفها، وكان لها من تعددها واتساع أفاقها، ما ينافي تلاقيها فيما بينها. لاسيما وأن الأراء الفلسفية التي أوجتها، كثيراً ما تتكافر، فلا تصدر هذه الوثائق عن مفاهيم موحدة تجمعها، وتتحدد معانيها على ضوئها.

وقد يحيل الدستور للقائم إلى هذه الوثائق كلها، بنص صريح فيه، كافلا بذلك تساويها فيما بينها.

(١) لما قص عليه ديباجة الدستور التقيم في مصر من أن شعب مصر العظيم يحمل إلى جانب أمانة التاريخ، أهدافاً عظيمة الحاضر والمستقبل بذورها للنضال العظيم والشفق؛ لا يبلور سمح وضوح هذه العبارة - قاعدة قانونية يمكن استغلالها منها. ولا كذلك ما جاء في هذه الديباجة من أن سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد، ولكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت. ذلك أن مفاد هذه العبارة، أن سيادة القانون هي -التي تضمن الحرية الفردية، وأن السلطة لا تعتبر امتيازاً لملحها يقبض عليها بالقوة، وإنما يمارسها وفق القانون.

وقد يصدر في شأن حقوق الإنسان وحرياته، إعلان أو أكثر يكون منفصلاً عن الدستور، موغلاً في القدم؛ أو حديثاً، مولكياً لحقائق العصر أو متخلفاً عنها.

وقد تتعارض الوثائق الدستورية فيما بينها بالنظر إلى اختلافها في الأفكار الفلسفية التي وجهتها. ذلك أن حقوق الأفراد وحرياتهم لا تجمعها دوماً نظرة واحدة، ولا تغلظها الأفكار عينها، بل لكل منها وجهتها.

فمن وثائق إعلان الحقوق، ما يتعامل مع حرية التعبير وحرية الابتداع وحرية التنقل، باعتبارها مقررة أصلاً لمصلحة ذويها، فلا يتدخل المشرع لتنظيمها إلا في أضيق الحدود، سواء لضمان انتفاع أصحابها بها بطريقة أفضل، ولحماية استقلالهم فيما يقررونه بشأنها؛ أو ليوفق بين مباشرتها من جهة، ووجود الجماعة التي يعيشونها من جهة ثانية.

وقد تنظر بعض الوثائق الدستورية إلى الحق في الصحة والحق في التعليم والحق التضامن من زاوية اجتماعية، فلا تكفلها الدولة لمصلحة الفرد وحده استقلالاً عن غيره، وإنما تضمنها لمصلحة مجموع من الأفراد يشكلون مجتمعها^(١).

ولا زال التعارض بين الوثائق فيما بينها، وكذلك فيما بين أجزاء الوثيقة الواحدة، حقيقة واقعة لا مجال لإنكارها.

فالدستور الفرنسي لا يتضمن بين نصوصه، مبدأ السير المطرد للمرافق العامة بما يكفل انتظامها. وإنما يستند هذا المبدأ، إلى القواعد الرئيسية التي أقرتها القوانين المعمول بها في الجمهورية، والتي تشكل جزءاً من رزمة الدستورية التي يحكم إليها المجلس الدستوري للفرنسي عند الفصل في دستورية القوانين قبل إصدارها.

(١) فإعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ يكشف عن طبيعة الفردية مؤسسا ديمقراطية سياسية، تدبرها الدولة في أضيق الحدود. ولا كذلك ديمقراطية دستور ١٩٦٤ التي تبلور الطبيعة الجماعية لحقوق الأفراد وحررياتهم، وتقيم مسن خلال النصوص التي تنظمها، ديمقراطية اشتراكية توجهها الدولة.

ومن المحقق، فإن مبدأ السير المطرد للمرافق العامة، يناهيه انقطاع العمال عن العمل من خلال إضرابهم. كذلك فإن لكل من الحرية الفردية والحق في التنقل قيمة دستورية قد يقيدهما وإلى حد كبير - ما تراه الدولة ضروريا من التدابير لتحقيق أغراض تتصل بالخير العام.

وبالمثل، فإن مبدأ الحرية الشخصية في تحديد الأجر، ينقض حق النقابة وحريتها في العمل من أجل صالح العمال المنضمين إليها من خلال فرضها شروط عمل أفضل، ومن بينها الأجر الملائم.

٥٦- ولكن جاز القول بأن التوفيق بين نصوص الوثيقة الواحدة، لا يزال بعض مظاهر تنقض أحكامها، إلا أن صورا أخرى من التعارض في ذات الوثيقة، قد تستمضي على التوفيق كحق الدولة في احتكار بعض وسائل الإعلام باعتباره نقوض التعددية.

ويظل لجهة الرقابة على الشرعية الدستورية دورا فاعلا وعريضا في معيها للمواجبة بين الوثائق الدستورية التي تتخذها مرجعا لها، عند الفصل في دستورية النصوص القانونية.

ويزداد دورها أهمية فيما غمض من نصوص هذه الوثائق، وضرورة تجليتها من خلال نظرة شاملة تحيط بها في مجموع أحكامها، على أن تستخلص جهة الرقابة على الدستورية، من هذه الوثائق، القواعد الدستورية بطبيعتها - ولو لم تكن متفرعة عن أصل ينتجها - ثم ترصد أغراضها النهائية، لتقيم بنائها بصورة أكثر تماسكا.

والأولوية التي يعطيها نفر من الفقهاء لبعض الوثائق الدستورية، أو تفضيلهم بعضها على بعض في مجال موازناتهم بينها، لا تحسم ما يدعونه من تخرج هذه الوثائق من جهة ترتيبها فيما بينها، ولا تزيد عن وجهة نظر شخصية يقولون بها^(١).

(١) يقول François Goguel وهو عضو قديم في المجلس الدستوري الفرنسي بأن المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتطلبها برامج خاص لوضع العصر، والتي تشير إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ لا تحوز ذات القيمة الدستورية التي تتمتع بها الحقوق المنصوص عليها في إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩. ذلك أن هذه الحقوق مطلقة في طبيعتها، وترتبط بالإنسان بوصفه كائنا بشريا، بغض النظر عن زمن ومكان وجوده. أما المبادئ المشار إليها في ديباجة دستور ١٩٤٦، فإنها تتمحور عن حقوق نسبية، وترتبط بمجتمع محدد فلم تفسح لحظة زمنية معينة.

François Goguel, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, 1982, p.236.

رابعاً: صدور الوثائق القانونية الدستورية في أزمان مختلفة لا ينفي تضمينها

٥٧- فالوثائق الدستورية تتضمن مع بعضها، وليس لإحداها مركز قانوني خاص بها يقدمها على غيرها. بل يكون تماويلها هو الأصل الذي يحكمها، وعلى الأخص إذا أقرتها في مجموعها- جهة واحدة، وكان تأسيسها لها قد تم وفق قواعد موحدة للزمتها.

بما مؤداه أن تعدد الوثائق الدستورية وتكونها، لا يقدم بعضها على بعض، ولا يحصل دون تجانسها في عموم توجهاتها وتطبيقاتها، ولا يمنع من العمل على التوفيق بين أجزائها من خلال تعديل الوحدة العضوية التي تجمعها.

خامساً: تنوع الوثائق الدستورية لا يجعل أقدما منموها بالحقها

٥٨- على أن تعدد الوثائق الدستورية وتكونها في البلد الواحد، لا يجوز أن يفسر على أن أقدما صار منموها بالحقها بقر ما بينهما من تعارض، La regle lex posterior ذلك أن صدور هذه الوثائق في أزمان مختلفة، لا يفيد أن التقديم منها يبلور أفكاراً بالية عتيقة لها من قدمها ما يسرغ تجاوزها، وإذلال غيرها بها، ولا يجعل كذلك للوثائق القديمة أهمية محدودة في علاقتها بالوثائق اللاحقة عليها. وبطل هذا النظر صحيحاً ولو كانت الوثائق الأحدث، أكثر اقتراباً من جهة مضمونها- من حقائق العصر، لتكون لها عندئذ رفق ما يراه البعض- القيمة الدستورية الكليّة Pleine Valeur Constitutionnelle التي لا تتوازن معها الوثائق القديمة، بل تكون دونها. وهو أمر معتقد، ذلك أن إعطاء بعض الوثائق الدستورية قيمة دستورية كاملة، مؤداه فهمهم المخالفة A contrario- أن سواها أقل قيمة منها، وهو ما يفيد علو بعض الوثائق على بعض، وتكرجها فيما بينها، وهو نظر غير صحيح لأمرين:

أولهما: أن دستور الدولة قد يدمج في ديباجته، كل الوثائق السابقة على إقراره، أيا كان تاريخ اعتماد كل منها. فلا يكون لتماثلها في الزمان من أثر على قيمتها الدستورية، بل تتعاون هذه الوثائق جميعها فيما بينها، لتقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية الطول الملائمة للفصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها.

ثانيهما: أن تعاون هذه الوثائق على النحو المتقدم، مؤداه تكاملها فيما بينها، فلا يكون بعضها لبعض (إلا ظهراً، خاصة وأن اتصال بعض الوثائق الدستورية بحقائق للمسا اليوم في الحياة، وإن

جعلها من زاوية واقعية أكثر لالتزام من المفاهيم المعاصرة؛ إلا أنه من ناحية قانونية، ليس ثمة قاعدة دستورية تعتبر أكثر دستورية Plus constitutionnel من قاعدة أخرى تماثلها في طبيعتها وخصائصها. ولا بالتالي يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تفاضل بينها، إلا بقدر انتقاء القاعدة الدستورية التي تراها أكثر اتصالاً بالنزاع المعروض عليها. فلا تكون قراءتها للوثائق الدستورية في مجموعها، تغليباً لبعض قواعدها على بعض. بل بقصد اختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية المعنية.

٥٩- غير أن بعض الفقهاء يقيم تمييزاً بين الوثائق الدستورية - لا من جهة علاقتها ببعضها - بل من زاوية الحقوق التي تكفلها كلاً منها. ذلك أنهم يقولون إن لبعض الحقوق التي تضمنتها هذه الوثائق، درجة من الحماية أكثر من غيرها.

وهي بعد حماية تتحدد على ضوء مضمون الحق، ودوره في الجماعة من جهة تطويرها وتعميق مقوماتها.

بيد أن وجهة النظر هذه يحضنها أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم لا يتفقون فيما بينهم على قائمة الحقوق التي يدعون تمتعها بحماية دستورية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية وحرية التعبير وحرية العقيدة وحرية الصحافة، على سواها^(١).

ويظهر آخرون من بينهم، الحرية الفردية وحرية العقيدة وحرية الاجتماع والحق في التعليم^(٢).

ويحتاز ثلث منهم إلى مجموع الحقوق الطبيعية التي لا تتقادم، والمقررة لكل فرد باعتباره إنساناً، ويندرج تحتها الحق في الحرية، وفي الملكية، والأمن، ومقاومة أشكال الاضطهاد على نهايتها^(٣).

واختلافهم المتقدم في شأن أنواع الحقوق الأكثر أهمية من غيرها، والأجدر بالحماية الدستورية من سواها، يحمل وجهة نظر شخصية تقوض الضوابط الموضوعية للنظرية التي يقولون

(١) Bruno Genevois. la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel. E.D.C.E. 1988, p.181.

(٢) Louis Favoreu, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, court européenne des droit de l'homme. 1990, p.33.

(٣) Dpmonique Turpin, Contentieux constitutionnel. P.U.F 1986. p.86.

بها، والتي لا تقرر فقط أن لبعض الحقوق أولوية أولى Premier rang وأن لغيرها مرتبة ثانية Second rang، ولكنها تتل كذلك من صحيح العلاقة بين الوثائق الدستورية بعضها البعض.

ذلك أن تركيز المدافعين عن هذه النظرية، على قوائم الحقوق التي تتضمنها الوثائق الدستورية، والتي يرونها أكثر أهمية من غيرها، يقدم مآلا بعض هذه الوثائق على سواها. وليس ذلك إلا ترتيبا يقوم على تدرج تلك الوثائق فيما بينها.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة على الدستورية تحتمل أحيانا إلى بعض الحقوق التي تتضمنها هذه الوثائق دون غيرها، فذلك بوصفها مدعوة إلى الفصل في نزاع معروض عليها يقتضيها أن تجل بصرها في جوانبه المختلفة لتحمل حكمها على أكثر الحقوق اتقا مع طبيعته.

فلا يكون خوضها في نوع من الحقوق دون آخر، تفضيلا لبعضها على بعض، أو لترتيبها فيما بينها، وإنما هو اختيار منها للقاعدة القانونية الأقرب اتصالا بالممثل المطروحة عليها.

وقد تركز جهة الرقابة على الدستورية اهتمامها على مبدأ معين -لا من مفهوم التدرج بين القواعد القانونية- ولكن بوصفه ضمانة مبدئية لتسبيق الديمقراطية وبناء أسسها.

وصح بالتالي القول بأنه بغیر التعددية لا تستقيم حرية الصحافة، ولا غيرها من وسائل الإعلام والاتصال، وإن يكون دورها فاعلا في مجال تطوير مجتمعها وتعميق ثقافتها.

ومن ثم تكون لهذه التعددية La pluralisme قيمة دستورية مطلقة تقتضى حماية أكبر -لا بالنظر إليها في ذاتها- وإنما بوصفها أحد شروط الديمقراطية ودعامتها Le fondement de la démocratie.

الكتاب الأول

الأسس العامة للرقابة على الشرعية الدستورية

الباب الأول

الخطط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية

الفصل الأول

الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعياتها

٦٠- لا شبهة في أن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها التي تقتضي أن تنقيد الجهة التي تباشرها بالضوابط المرسومة لها، وأهمها أن تكون نصوص الدستور مرجعها في هذه الرقابة، تطيحها على القانون، وتفصل على ضوئها في دستوريته.

ومفترضها أن تقابل جهة الرقابة على الدستورية بين قاعدتين قانونيتين لا تتحددان في مرتبتيهما، لترجح إحداها على ما دونها، بما يكفل السيادة للدستور، ويفرض قواعده على ما سواها من النصوص القانونية -لا تصحيحها- وإلما من خلال إبطال ما يكون مخالفاً منها للدستور. وهو إبطال يقتضي أن تتخذ السلطة التشريعية من جانبها ما تراه من التدابير الملائمة التي تزيل بها الآثار التي رتبها النصوص الباطلة في شأن من أضيروا من جراء تطبيقها عليهم.

٦١- على أن نصوص الدستور لا تعتبر في بعض الدول، مرجعاً وحيداً للرقابة القضائية على الدستورية. بل تقوم إلى جانبها دياباجته -لا في مجمل عباراتها الجلية منها أو الغامضة- بل فيما يكون من معانيها، وإشبا بالقاعدة الدستورية التي يمكن استخلاصها منها.

فإذا كانت دياباجة الدستور حتى في ألفاظها الصريحة، وعباراتها القاطعة، لا تكتج قاعدة دستورية في طبيعتها، وكان توليدها منها متعزراً فإن دياباجة الدستور تفقد قيمتها للدستورية بالنسبة إلى أجزائها المرسلة، وعباراتها الإثباتية. ولا يجوز بالتالي اعتبارها مرجعاً في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وقد يقصر الدستور ودياباجته، عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية التي تطرح على جهة الرقابة على الدستورية.

وقد تخرج النصوص القانونية المطعون عليها عن كل علاقة منطقية تسوغها، فلا يكون دورها عن حقائق العدل وأهياً، بل ظاهراً بقرأ.

وفي هذه الفروض وما يشابهها، لا يكون أمام جهة الرقابة على الدستورية إلا أن تشمل نظرها في مفاهيم تقدر علوها على الدستور وديباجته، مستوحية منها ما تراه معياراً ملائماً للفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ كأن تنظر في المسائل الدستورية المطروحة عليها، على ضوء مفاهيم الحقوق الطبيعية التي لا يمكن النزول عنها، أو تجزئتها، أو لتصلح عليها؛ أو بالرجوع إلى القانون المقارن؛ أو إلى القيم التي ألبنتها الجماعة ومنحتها لنفسها *The given values of the society* أو إلى المقاييس المعاصرة التي اتخذتها الجماعة ضوابط لحركتها؛ أو إلى مصادمة النصوص المطعون عليها العقل الجمعي وخروجها بالتالي عما يعتبر لاكفاً أو إلى قيم الحق والعدل التي لا يجوز تحريفها؛ أو إلى القيم الغائرة في وجدان المواطنين إلى حد اعتبارها من التقاليد التي يصرون عليها لضمان أمان أفضل من حياتهم؛ أو إلى الحقائق التاريخية التي أدركوها؛ وكان دورها مؤثراً في بنيان الدستور؛ أو إلى دلالة السوابق القضائية فيما بين دول تتقارب ثقافتها وتشترك في اللغة التي يتحدثون بها؛ أو إلى ما يعتبر حقاً وإضافاً لتحديد مفهوم الوسائل القانونية التي ينبغي اتباعها.

٦٢- على أن تلك المفاهيم جميعها، تنظر اجتهداً قضائياً يتردد بين الانطلاق والتراجع، يبين نقطة الضمير وتهلوه، بين قوة الجهة القضائية التي تباشر الرقابة القضائية على الدستورية أو تفككها وتضالول دورها، بين إرادة تطوير الدستور ومحاذاة الخروج عليه، ولو بطريق غير مباشر.

ولم يكن لهذا الاجتهاد -على ضوء طبائع الأشياء- أن يقيم دعائم ثابتة تشق منها، أو تُرد إليها، معايير الرقابة على الدستورية، وتتحدد على ضوءها مرجعيتها.

وزاد من دقة الأمر، أن كثيراً من المسائل الدستورية تتكون من عناصر مركبة، وأن نصوص الدستور الموجزة في جملها، الغامضة في بعض معانيها، القاصرة في تفصيلاتها، لا تصلح لمواجهتها.

ولم يكن هذا القصور بالتالي، مبلوراً مجرد أوضاع نظرية، بل حقائق عملية يتعين مقابلتها بالحلول التي تلائمها.

وكان قصور المعايير التي تعتمد عليها جهة الرقابة على الدستورية في مباشرتها لولايتها، حافظا لجهات الرقابة -أو على الأقل لبعضها- إلى ابتداع معايير مختلفة تتسم بتنوعها وباتساعها، لتقيم من مجموعها ضوابط متكاملة للشرعية الدستورية، لا تقتصر معاييرها، على الدستور وديباجته، ولكنها تتعداها إلى وثائق تقوم إلى جانبها وتتكامل معها، مكونة من مجموعها كلا غير منقسم.

ولم يكن إسباغ الصفة الدستورية على هذه الوثائق اجتهدا فقها بل ترديدا لحكم الدستور ذاته بعد أن أضافها في ديباجته، إلى النصوص التي تضمنها.

ومن ثم تكون مرجعيتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية، عائدة إلى الدستور، إذ هو الذي أُنشئ عليها قيمتها الدستورية، وجعلها موازية في قوتها للقواعد الواردة فيه؛ وعصمها عن كل جدل يثير شكوكا حولها، بأن جعلها جزءاً لا يتجزأ من أحكامه.

والرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، خير دليل على ما تقدم، ذلك أن ديباجته الأخيرة بنصوص قانونية أُنمجت في الدستور بوصفها من مكوناته؛ ومن بينها إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦.

فقد عُرِضَ هذا الإعلان وتلك الديباجة، مع دستور عام ١٩٥٨ وديباجته، فقبلتها الجماهير جميعها، بمبادئها وقيمتها ونصوصها، مبلورة من خلال إيمانها في الدستور، تساويها مع نصوصه. فلم يعد طريق الاعتماد على الوثائق المنمجة في الدستور مغلقاً، بل مفتوحاً أمام المجلس الدستوري الفرنسي، ومتجدداً، يحل إليها كلما حزبه أمر.

وكان منطقاً بالتالي أن يؤكد هذا المجلس القيمة الدستورية لكل من إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، ولبداية ١٩٤٦، وكذلك كفاية النصوص التي تحل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨.

وعلى هذا النحو، تكون للدستورية رزمة تشكل الوثائق السابقة على دستور ١٩٥٨ -والتي تحل إليها ديباجته- جانباً من مفرداتها.

بل إنه فضلا عن هذه الوثائق، فإن لزومة الدستورية أو كلفتها، عناصر أخرى يندرج تحتها:

* المبادئ الرئيسية التي أقرتها القوانين المعمول بها في الجمهورية

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

دون تدخل سابق من أية سلطة^(١)؛ وحرية التعليم^(٢)؛ والحرية الفردية^(٣)؛ وصون حقوق النفاذ^(٤)؛ واستقلال أعضاء هيئة التدريس الجامعي^(٥)؛ واختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في سوء استعمال السلطة الإدارية^(٦)؛ فضلا عن اختصاص السلطة القضائية بالفصل في المسائل المتعلقة بحماية الملكية العقارية^(٧).

ولا شبهة في أن عبارة "القوانين المعمول بها في الجمهورية" تفيد بالضرورة استبعاد القوانين التي كانت سارية في المهود الملكية أو الإمبراطورية، ولو كان لها روح النظم الجمهورية L'esprit Republicain.

ويتعين عند بعض الفقهاء، أن تكون قوانين الجمهورية التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ سابقة في صدورهما على نفاذ هذه الديباجة^(٨)، وهي نتيجة ينازع فيها فقهاء آخرون، على تقدير أن إسباغ القيمة الدستورية على مبادئ تضمنها قانون ما، منقطع الصلة بما إذا كان هذا القانون قد صدر قبل أو بعد عام ١٩٤٦، وإنما تستخلص جهة الرقابة على الدستورية هذه القيمة من مضمون القاعدة التي تضمنها القانون، فلا تتمتع بالقيمة الدستورية، إلا لأنها تمتع وصفها باعتبارها كذلك^(٩).

وفي إطار ما تقدم، رفض المجلس الدستوري الفرنسي أن يعد بوالعامة ميلاد الشخص في فرنسا بوصفها، منشئة بذاتها -وبصفة آلية- للحق في الجنسية الفرنسية، ولم يعتبرها بالتالي مبدأ جوهريا أقرته القوانين المعمول بها في الجمهورية. ذلك أن هذه الجنسية لا يجوز منحها إلا لشخص ولد في فرنسا من أجنبي، وكان أبوه كذلك قد ولد فيها.

(١) C.C.71-44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p.29.

(٢) C.C. 77-87 D.C., 23 Nov. 1977, R.p.42.

(٣) C.C.76-75 D.C., 12 Janv. 1977, R.p.33.

(٤) C.C.76-70 D.C., Dec. 1976, R.p.39.

(٥) C.C. 83-168 D.C., 20 Janv. 1984, R.p.30.

(٦) C.C.86-224 D.C., 23 Janv. 1987, R.p.8.

(٧) C.C. 89-256 D.C., 25 Juil. 1989, R.p.53.

(٨) Francois Iuchaire, le conseil constitutionnel, Economica, 1980, p. 182.

(٩) Dominique Rousseau, chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 R.D.P.1993,p.12.

• وتدخل كذلك في رزمة الدستورية، المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية بوجه خاص لمواجهة حقائق العصر. وقد عدلتها ديباجة دستور ١٩٤٦ التي يحيل دستور ١٩٥٨ إليها، ويترج تحتها مبدأ المساواة بين الجنسين^(١)؛ والحق في الملجأ أو حق اللجوء السياسي Le droit d'asile^(٢)؛ والحق في الحصول على عمل^(٣)؛ والحرية النقابية^(٤)؛ وحق الإضراب^(٥)؛ والحق الجماعي للعمل في تقرير شروط العمل وإدارة مشروعاتهم^(٦)؛ والملكية الجماعية للمرافق العامة الوطنية وللاحتكارات الفعلية أو الواقعية^(٧)؛ ومبدأ تنظيم التعليم العام المجاني والعلمي^(٨)؛ ومبدأ احترام قواعد القانون العام وقواعد القانون الدولي؛ وعدم جواز استعمال القوة ضد حرية أمم أخرى^(٩)؛ ومبدأ جواز تقييد السيادة بشرط التبادل- في مجال تنظيم الدفاع عن السلم^(١٠).

وحاصل ما تقدم أن كل المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تؤكد حقائق العصر ضرورتها، لها قيمة دستورية تفرض نفسها على المشرع، وإلا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تصويه إذا تجاهلها.

٦٣- والمبادئ المتقدمة جميعها تركت في أصولها إلى النصوص التي تضمنها دستور ١٩٥٨، وإلى إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦.

وفيما وراء هذه للنصوص، واستقلالاً عنها، يقرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن من بين معايير وأدواته في مجال الرقابة على الدستورية، مبادئ ذات قيمة دستورية بالنظر إلى غاياتها Objectives de valeurs constitutionnelle كاحترام حقوق الآخرين وكصون النظام العام أو على ضوء مقتضياتها Exigence constitutionnelle، كالحد من تركيز الصحافة في يد واحدة بقصد ضمان التعددية، وكحق المتضررين من ظروفهم الخاصة، في الحصول على مكان يأويهم.

(1) C.C. 30 decembre 1981, R.p.41.

(2) C.C. 9 Janvier 1980, R.p.29.

(3) C.C. 28 mai 1983, R.p.41.

(4) C.C. 15 Janvier 1975, R.p.19.

(5) C.C. 23 novembre 1977, R.p.42.

(6) C.C. 30 decembre 1975, R.p.26.

(7) C.C. 30 decembre 1976, R.p. 15.

(8) C.C. 25 Juilliet 1989, R.p. 59.

(9) C.C. 27 Juilliet 1982, R.p. 48.

(10) C.C. 90-274 D.C., 22 Mai 1990, R.p. 61.

٦٤- تلك هي رزمة الدستورية التي يحكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي في مجال تقييم دستورية القوانين، وهي بتوسعها تطرق أبواباً عريضة في توسعها، تتخذ من خلالها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لتقييم النصوص المطعون عليها من جهة صحتها أو بطلانها.

فلا تكون أبعاد هذه الرقابة منحصرة في حدود ضيقة، ولا قاصرة عن مواجهة مسائل دستورية محددة عناصرها، أو مختلفة مضامينها؛ ولا عاجزة عن الفصل في دستورية نصوص قانونية تتعدد صور العوار التي خالطتها.

ولما تحيط هذه الرقابة بالمسائل الدستورية في أعرق مشكلاتها، فلا تنحصر أفاقها، ولئن تعين ملاحظة ما يأتي:

أولاً: أنه فيما وراء نصوص الدستور، والنصوص التي يحل إليها، فإن أدوات الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي، تظل بيده، بشكلها وفق اجتهاده، فلا تكون أسسها ثابتة مفاهيمها، ولا طرائقها محددة ملامحها سلفاً.

ثانياً: أن القوانين العضوية Les lois Organiques لا تدخل في نطاق رزمة الدستورية بالرغم من أهمية موضوعاتها، وخضوعها في مجال إعدادها وإقرارها لتنظيم إرائي خاص بها، واستقلال قواعد وأبوابها في علاقتها بالقوانين العادية.

ثالثاً: ولا تدخل في رزمة الدستورية كذلك أية معاهدة أو اتفاقية دولية تكون الدولة طرفاً فيها، ولو كان لها طبيعة إنسانية، بالرغم من علو المعاهدة أو الاتفاقية الدولية على القوانين العادية، فلا يجوز لهذه القوانين أن تعارضها.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور

٦٥- للرقابة القضائية على دستورية القوانين جزاؤها ممثلاً في إبطال الجهة التي تباشرها، مظاهر خروج السلطة على الدستور أو إخلالها بالقيم التي يحتضنها.

وتوافق هذه الرقابة بين القيم المتنازعة، والمصالح المتضاربة من خلال أحكام قضائية لا تتناول الدستور باعتباره مجرد وثيقة قانونية، ولكنها تتعامل مع نصوصه بوصفها خليطاً من السياسية والقانون، وتكتلها من مفاهيمها النظرية، إلى حقائق واقعية تنكسها الجماعة وتعيشها، وتوفق أوضاعها معها، خاصة وأن نصوص الدستور لا يجوز النظر إليها حين فهم للحياة السياسية التي توجهها، وتشكل ملامحها مراكز القوة المحيطة بها.

وإذا جاز القول بأن القضاء الذين يباشرون رقابتهم على النصوص القانونية، يختلفون فيما بينهم في المثل التي يؤمنون بها، والأيدولوجية التي ينحازون إليها، وكذلك في أوساطهم الاجتماعية، وتتنوع ثقافتهم؛ إلا أن أحكامهم هي نتائج قراراتهم التي يتخذونها بصورة جماعية قدر الإمكان، أو يوفسون فيها قدر استطاعتهم، بين آراء بصيرة بواقعها الاجتماعي.

وهم كذلك ينظرون إلى نصوص الدستور بفترضات تماسكها وتلاحمها في إطار وحدة عضوية لا انفصام لها، يرتبط فيها كل نص بعلاقة ما، مع غيره من النصوص التي لا يجوز تفسيرها بعيداً عن سياقها ومقاصدها، أو بما يناقض الحقائق التاريخية التي أثبتتها أو عاصرتها.

أولاً: السوابق القضائية وتطوير الدستور

٦٦- ويظل تطوير القضاء للدستور ضرورة وقيمة عليا، حتى في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية.

ذلك أنه وإن صح القول بأن السوابق القضائية قد تعوق في بعض تطبيقاتها تطوير قواعد الدستور؛ وأن بقاءها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه تعميق الأضرار التي قارنتها؛ وكان ذلك يعتبر مدافعاً رجعياً للسوابق القضائية التي تفرض نفسها على حقائق الحياة بما يحول دون تغيير مضمونها؛ وإعانتا بتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صاغوا لهذه السوابق قوالها؛ واستصحاباً لآراء سابقة

أصر على تطبيقها قضاءً في أحوال لاحقة، ونكولا عن إعمال حكم الحث في مسائل دستورية بطبيعتها لا يجوز أن تحول السوابق القضائية بضغوطها دون إعادة النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة الذين تبنوها لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد مطلقاً، وإلى الحق موصداً، مع تراضيهم على الإذعان لأصداء من الماضي البعيد لا يتحولون عنها، ولو كان بوسعهم أن يصدوها عن آذانهم وإكباراً لأصل لا نزاع فيه، هو أن ما كان صائفاً في زمن معين، قد يكون تراثاً شائهاً في فترة تالية؛ وكان ثابتاً كذلك أن المسائل الدستورية ترتبط بوقائعها ويزمنها، وبما هو قائم من ظروفها عند الفصل فيها؛ وأنه حتى في مجال عمل السلطة التشريعية، فإن البدائل التي تختارها اليوم، قد تتحول عنها في الغد إذا كان العدول عنها، أكثر منطقية، وأدعى لضمان الحقوق التي تنظمها؛ إلا أن كل اعتراض على نظام السوابق القضائية، يتعين أن ينحصر في التطبيق الآلي للسابقة القضائية.

وفيما وراء هذا للتطبيق، يظل تجديد السوابق القضائية وتطويرها عملاً قضائياً تبدل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية كل جيل، وعلى الأخص كلما استطال الزمن بين مسدور السابقة القضائية من جهة، وتصحيحها من جهة ثانية -بمد انهيار دعائهما- سواء في الأصول التي تقوم عليها، أو في مناسبتها لأوضاع جديدة لا يجوز إغفالها، كيلا تظل السوابق القديمة على حالها، ولو كان خطأها فادحاً، أو تزمها محيراً عن نظرة ضيقة لا تقيهما، أو تقتضها قيس جديدة تحتم العدول عنها.

ويتعين دوماً تأكيد أن القضاء في كل بلد، يخطئون ويصيبون من خلال أحكامهم التي لا تلبس في واقع الأمر غير خبراتهم الاجتماعية التي لا تصدق نتائجها دوماً، وإن ظل تصحيحها وتقويم اعرجاجها، واجباً لا يجوز التعريط فيه^(١).

(١) في عام ١٩٦٤ أيدت المحكمة العليا الأمريكية للولايات المتحدة فصل السود عن البيض في المدارس العامة وذلك في قضية Plessy v. Ferguson 16 U.S. 537 (1896)، مقرر أن هذا الفصل لا يتضمن تمييزاً يخل بتساويهم مع أبناء وطنهم في الحقوق. بيد أن هذا المفهوم انقلب من القبول إلى النقيض وذلك في قضية Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1955)، حيث قررت هذه المحكمة أن هذا الفصل في ذاته -رحتى مع توفر الوسائل للتعليمية عنيها- يعدّ منافيّاً لأهمية السود، منها أمالهم في حياة يكونون فيها أكثر ثقة بأنفسهم ولقائهم إلى وطنهم، لأنه يشعرهم بأنهم لا يتساوون مع أبناء وطنهم الذين لا يفتخرون عنهم إلا في لونه، وأنهم بالتالي أقل منهم شأنًا، وأدنى قدرًا.

فضلا عن أنهم في الأعم، يطورون نصوص الدستور بما يجعلها أكثر تناغما مع روح العصر. ولولا تدخلهم لظل الدستور وثيقة عاجزة عن مواجهة آمال مواطنيها، قاصرة عن أن تحقق طموحاتهم، ضابطة شرايينها، فلا تنفق إليها دماء جديدة *Lui donner vie, la faire évoluer*، تفرضها تفرضها رياح التغيير بما يحيط دورها الفاعل في تشكيل مجتمعها، بل تبقى قابضة في مكانها الأول، عصبية عن أن تتحول إلى حقيقة حية *A living reality*، تؤسسها وتوحد ما القوم المتواصلة في عطلتها، والتي لا يجوز أن تتعزل السوابق القضائية عنها، وإلا باعدت بينها وبين مواطنيها، بما يجعل التقاليد حولها مظهريا أو عقيما.

ثانيا: تطوير نصوص الدستور فيما وراء السوابق القضائية

٦٧- على أن بعض الفقهاء يرون أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هي في مضمونها وأبعادها من عمل قضاة لا يلتزمون في شأنها بغير خياراتهم الشخصية التي تحكم فيها أولوياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكذلك توجهاتهم الأيدولوجية. فلا يكون موقفهم من نصوص الدستور، إلا تعبيراً عن آراء آمنوا بها، جاهدن من خلالها أن يحدثوا شكلاً جديداً لأحكامه. يعنيون به بناءها من خلال أفق يطرحونها، مع ادعائهم بأن إيرادها عند إقرار الدستور، كان خلفاً على آباءه.

وهم بذلك يهيمنون على نصوص الدستور بما يخرجها عن مقاصدها، وكان كلا منهم صانعها، ولو أقام هيكلها من جديد على أنقاض ثوابتها.

ولا يدعو تطوير الدستور على هذا النحو، إلا أن يكون دعوة مفتوحة لهدم قاعدة القانون ذاتها من خلال تعريضها، بما ينال التزامهم الأصل بتطبيقها، وعلى الأخص لأن القسم التي يحتضنها الدستور، ليس لها من ثباتها وموضوعيتها، ما يقمها وعاء للشرعية الدستورية. بل إن غموضها واتساعها يجعلها أحياناً عبثاً عليها.

كذلك، فإن ما يقول به المؤيدون لضرورة الفصل في دستورية النصوص القانونية، على ضوء معايير تطورها من بينها <<ما يكون لائقاً ومنصفاً في مفاهيم الأمم المتحدة>> أو <<متصلاً برباطة وثقى بالقيم العليا للدول في مجموعها>> أو <<مبصراً حقائق تاريخية أو ضوابط خلقية لا يجوز تجاهلها في مجال تقييم النصوص القانونية المطعون عليها>> أو <<موافقاً حقائق يملئها الضمير

الجمعي، أو معان غائرة في أصناف تقاليد مجتمعا، فلا تصادمها>> مؤداه أن هذه المعايير هي من خلقهم، وأنها تتلون بميولهم في منطقة الرقابة على الشرعية الدستورية، وهي منطقة التصادم المحتمل بين جهة الرقابة على دستورية القوانين من جهة، والسلطين التشريعية والتنفيذية من جهة أخرى.

ثلاثا: ضرورة تطوير الدستور حقيقة قائمة

٦٨- بيد أن الذين يحارضون تطوير الدستور، فاتهم أن أحكامه مهياة بالضرورة لأن يمتد تطبيقها إلى أجيال متتابعة، وعبر أزمان مختلفة، تتغير خلالها الأحداث والأوضاع التي تعاصرها.

إذا لم تصرها التقاليد جهة الرقابة القضائية على الدستورية، كان قضاؤها خطوة متمثلة في طرق وعرة، لا يصل منهاها إلى الأفاق الجديدة التي تعاقبها الجماعة، والتي يضمن توفيق النصوص للدستور معها، وعلى الأخص لأن تفسير هذه النصوص لا يجوز أن ينزلق إلى أغوار سياسية لها نقائصها وأوزارها التي ينبغي تجنبها.

يؤيد ذلك أن الأصل في قضاة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هو ميلهم إلى الحق وإيمانهم بأن تطبيق حكم القانون، على ضوء نظرة متطورة، ليس تشبها من جانبهم، وأن تطبيق النصوص القانونية المعطون عليها، لا يجوز أن يقتصر على رصد مثالبها، بل عليهم أن يوجهوا السلطة التشريعية إلى أخطائها، وإلى ما ينبغي عليها أن تتخذ من التكابير لتوفيق تشريعاتها مع الأوضاع التي تعاصرها، ووفق القيم المتطورة للدستور^(١)، وبمراعاة أن مفاهيم الحق والعدل مع تواجدها، لا يزال تطبيقها لازما وفق معايير يبينها تصحيحا لأوضاع خاطئة لا يجوز تجاهلها^(٢).

هذا فضلا عن أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن تقيدت بعناصر النزاع التي تظهرها، إلا أن عليها أن تحيط بالنصوص المعطون عليها من منظور يسمها في كثير من تطبيقاتها *Une large perspective*.

وما نظر الذين صاغوا الدستور، إلى النصوص التي تضمنها، باعتبارها جامدة في معالبيها وتوجهاتها، وأنها في كل تطبيقاتها صورة واحدة لا تتغير، وأن مفاهيمها لن تبدلها حقائق علمية لا

(١) Henry Brun Guy Tremplayn , <<Droit constitutionnel>>, 2e edition, 1990 p.206.

(٢) Willson <<Decision-making in the Supreme Court>>, 1986.36.U.T.L.J.227.

يجوز إغفالها، وعلى الأخص في مجال حرمة الحياة الخاصة التي صار انتهاكها بالوسائل العلمية خطيراً وخفياً.

وإنما كان إقرارهم للدستور تعبيراً من جانبهم عن خطوة محدودة الأكثر، تتمثل في مسحهم لتحقيق آمال ارتبطوا بها، وتوكيدهم لقيم يرون صوابها، ويتخوفون من إجهادها، وعلى الأخص ما يتعلق منها بضرورة تقييد السلطة وتداولها.

بيد أن نظرتهم هذه للدستور، ما كان لها أن تصوغ للحياة بكل أبعادها، ومع تطور صورها، وتعدد خبراتها، وتوسع قيمها، شكلاً ثابتاً يصعبها في هيكل لا تثبت ولا تكون معها مقاصع من حديد.

وما كان لنصوص الدستور من جهة ثانية، أن تفصل أحكامها تفصيلاً دقيقاً يحيط بكل أجزائها، وإلا كان رصد تفصيلاتها هذه في نصوص الدستور، مقتضياً توقيعها ابتداءً، ومؤدياً لنهاة إلى انزلاق هذه النصوص إلى أخطاء كان ينبغي تجنبها؛ وإلى تماحيها أحياناً فيما تعارض فيه، وهو ما يلغض ما تتوخاه الدساتير في الأعم من الأحوال، من إيجاز يحيط بالعريض من المسائل التي تتطلبها، وإجمال لا يغوص في تفصيلاتها، كي تظل صالحة من خلال مرونة تطبيقها - عبر أجيال عديدة - لتتوسع اهتماماتها واحتياجاتها، وتتباين مقاييسها فيما تراه ملائماً لبناء مجتمعاتها.

كذلك فإن غموض نصوص الدستور في بعض جوانبها، لا يحول دون تطويرها، ذلك أن إنبهاها يجعلها أدنى إلى للتفسير المرن، من نصوصه القاطعة في ألفاظها ومقاصدها.

ولا جرم في أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تنتزع القيم التي ترجعها عند الفصل في المسائل الدستورية. ولكنها تبصرها وترجعها لأن مجتمعاتها يقتضيها، ولو استنبطتها أحياناً ممن التنظيم المقارن، إذا كان شيوها بين الأمم المتحضرة دالاً على حيويتها وإنسانيتها، ودورها في التنظيم في بناء الشخصية المتكاملة، وصون الحرية المنظمة.

هذا فضلاً عن أن معايير هذه القيم، تؤكد مرونتها وإمكان تطبيقها على نحو يوازن بين ما تراه الجماعة ضرورياً لضمان استقرار نظمها من جهة، وما يرتبط بتحقيق توقعاتها وإراثها من ناحية ثانية.

ولا ينال من مشروعية الرقابة القضائية على الدستورية، وضرورة تطوير ملامحها، أن تركن الجهة التي تباشر هذه الرقابة، إلى مقاييس العقل الجمعي التي تحدد للجماعة من جهة ضوابط سلوكها؛ ولا تعارض «بطبيعتها» مفاهيم الحرية المنظمة التي تمثل من للنظم السياسية قاعدتها من جهة ثانية.

كذلك فإن اعتماد الرقابة القضائية على الدستورية على بعض أحكامها - على الحقائق التاريخية، لا يعيبها. ذلك أن هذه الحقائق إما أن تكون جنورا لنصوص في الدستور؛ وإما أن تكون من إرغاساتها. وهي في الحالتين متصلة بهذه النصوص، سواء عند صياغتها، أو الإحياء بها.^{٢٠}

والقول بأن لكل جماعة احتياجاتها المتنامية، وتطلعاتها المتجددة التي لا يتصور أن تلبسها إلا من خلال تعديل الدستور وفق القواعد الإجرائية التي ينص عليها، مردود؛ بأن تعديل الدستور عملية معقدة بطبيعتها تقوم على نوع من التوازن بين مراكز القوة السياسية والاقتصادية في بلد ما، وضرورة النزول على الحقائق الاجتماعية التي تلاس لتعديل المقترح.

ولئن صح القول بأن الجماعة قد تطور بنفسها أوضاعها، سواء من خلال تعديل الدستور، أو عن طريق دمج أعرافها الجديدة في نظمها القائمة؛ إلا أن عملية التطوير هذه، تكون دائما ونبذة في خطاها، وقاصرة كذلك عن مواجهة احتياجاتها بصورة متنامية، لتظل الجهة الأفضل في تطوير الدستور، هي جهة الرقابة على التشريعية الدستورية، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تقدم من خلال الخصومة القضائية، حولا آنية لأوضاع معينة طال زمنها، فلا تكون هذه الحلول إلا تصحيحا لها، وإلها للأكثر القانونية المترتبة عليها.

ثانيهما: أن القضاء الذين يباثرون هذه الرقابة، يلزمون أنفسهم بالحدود المنطقية التي تكل على تحوطهم، فلا يدفعون في مباشرة ولايتهم بما يجاوز حدود الاعتدال. وإنما يقيدونها بأنفسهم تقيدا ذاتيا Judicial Self- Restraint. وكثيرا ما يثبتون في أحكامهم ما يعتبر تراثا حضاريا لأمتهم، مرققا بمكانتها.

كذلك فإن تفسير جهة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيراً ديناميكيا، يمنحها معان جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداء، بما يطوعها لحقائق متغيرة، ويكفل توافقها مع الأوضاع

الاجتماعية والاقتصادية والطبية للقائمة في الدول المحيطة بها، فلا يكون تقريبها لنصوص الدستور من هذه الأوضاع، إلا تعبيراً عن وجهها الصحيح Son vrai visage.

وكثيراً ما تكون قوة الدول الفيدرالية، عائدة إلى قضاء عظام أدركوا بطنهم وعمق ثقافتهم أن تماسكها، وتحقيق التوازن بين وحدتها الإقليمية بما يكفل ترابطها، واتصال مواطنيها في إطار كيان يجمعهم ولا يفرقهم، مشروط بأن يظل دستور الاتحاد صامداً وحياً لأزمان مترامية. فلا يكون تطبيقه عبئاً على وحدتها الإقليمية، ولا مقصداً من اختصاصاتها بصورة تدرجية ومطرودة، ولا عبئاً بذاتية كيانها، ولا مضيقاً عليها فيما يدخل في ولايتها، ولا محيطاً باستقلالها بما يضعفها، وإلا صار خروجها من الاتحاد حلاً وحيداً لمشكلاتها.

وقد تكون جهة الرقابة على الدستورية موجهة بأوضاع قومية طارئة لا نزاع في حقها. وعليها عندئذ أن تقرر الحلول الملائمة لها أخذه في اعتبارها ملاحمها السياسية الضاغطة، وبمراعاة أن سلطاتها في مجال تطبيقها لنصوص الدستور، أصق في محتواها، وأبعد في اتساعها، من سلطاتها في مجال تطبيق غير الدستور من فروع القانون، وعلى الأخص إذا كان أمر الرقابة على التشريعية الدستورية مركزاً فيها، تقبض دون غيرها، ويدها، على ضوابطها، وتقرر بنفسها مآهجها وأدواتها، فلا تظهر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية إلا بوصفها سلطة تأسيسية دائمة Une constituante permanente^(١) تعطي الدستور باطراد، معاني جديدة يتغير بها عن الصورة الأصلية التي أفرغ فيها^(٢). وبما يجعلها حكماً أعلى Arbitre Supreme في مجال تفسير نصوصه^(٣).

Une signification nouvelle que peut changer la portée originaire du texte constitutionnel.

(١) E.S. Corwin, The constitution, and what it means today, Princeton University Press, 1978, p.5.

(٢) P.Gerin-Lajoie "Du pouvoir d'amendement constitutionnel du Canada", 29 R. du B.can.p.1136.

(٣) حلت المحكمة العليا الكندية -رلى إطار ولايتها الاستقلالية- محل اللجنة القضائية للمجلس الخاص، وصارت حكماً نهائياً في مجال تفسير الدستور.

ولئن كان الدستور يتطور من خلال تعديل أحكامه؛ وكذلك عن طريق العمل، وبوئائق إعلان الحقوق؛ وبما يقرره المواطنون في مؤتمراتهم الدستورية؛ إلا أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هي التي تغير بصورة رئيسية -عن طريق أحكامها- ملامح الدستور، فلا تتحفظ في مجال تفسيرها لقواعده، بل تعيد بناءها بقدر الضرورة التي تولجها، وبما يصون للدولة وحدتها وتكامل إقليمها.

وقد لاحظ القاضي وارن Warren رئيس المحكمة العليا الأمريكية، أن تاريخ بلده لم تخطه فقط ميادين القتال، ولا القوانين الفيدرالية التي أقرها الكونجرس، ولا الجهود التي بذلها رؤساء الجمهورية المتعاقبين، وإنما دونه كذلك -إلى حد كبير- قضاء المحكمة العليا الذين صاغوا بأحكامهم منهاجاً فريداً لتقدمها^(١).

وما يصدق على المحكمة العليا، يصدق كذلك -بالقوة ذاتها- على المحكمة الدستورية العليا في مصر، التي تقرر في أحكامها أن نصوص الدستور لا يجوز أن ينظر إليها بوصفها هاتمة في الفراغ؛ ولا التعامل مع القيم التي تحتضنها باعتبارها غير مرتبطة بواقعها الاجتماعي.

وإنما يتعين دوماً أن تُعمل بمقتضاها على ضوء أغراضها النهائية؛ وبمراعاة أن الدستور وثيقة لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية؛ ولها في حقيقتها لا تصد عن مجتمعها الأفاق الرحبة التي يقتضيها تطويرة.

ولا يجوز بالتالي أن تفسر نصوص الدستور باعتبارها حلاً نهائياً لأوضاع اقتصادية عفا الزمن عليها.

فلا يكون عبثها والإصرار عليها، ثم فرضها بألية سكرت أهرارها، إلا حرثاً في البحر، وإغفالاً لحقيقة أن نصوص الدستور لا يجوز عزلها عما يفترض فيها من تتساق مع الأوضاع المعاصرة لتطبيقها، وبما يوفق بين مضمونها، والأفاق الجديدة التي ينبغي أن تبناها^(٢).

(١) A.Tunc et S. Tunc, le système constitutionnel des Etats - Unies d'Amérique, Tome 2, Paris 1954, p.483.

(٢) راجع في ذلك دستورية عليا -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٢/١/٤ -قاعدة رقم ١٤ -مس- المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة لوز فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦/٢٣ -مس- ٢٤٩ من الجزء الثامن.

الفصل الثالث

بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها

٦٩- على أن تطوير نصوص الدستور من خلال مواءمة النظر في معانيها على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تغارن تطبيقها، لا يجوز أن يختلط بالأحوال التي تتخلل فيها هذه النصوص -وبالنظر إلى اكتفائها بأصول موضوعاتها أو كلياتها دون الإغراق في تفصيلاتها- عن تنظيم بعض المسائل الدستورية بطبيعتها. فلا يكون إغفالها لهذا التنظيم، غير فراغ يحيطها، مقتضيا بيان حكمها باعتبارها مسائل مسكونة عنها.

ومواجهة هذا الفراغ، هي الصورة الثانية التي يتخذ فيها تطوير الدستور شكلا مغايرا. ذلك أن هذا التطوير؛ إما أن يتعلق بنصوص دستورية قائمة، مستهدفا تقريبها إلى حقائق العصر التي تعاشها [وقد سبق بيان هذه الصورة وإيضاح حكمها] وإما أن يتعلق بتطوير الدستور بمنطقة خبلا من تنظيمها. وهذه هي الصورة الثانية التي نعرض لها الآن، وهي بعد صورة عريضة في لتساعها، بالنظر إلى الفروض التي تشملها، وأهمها:

أ- أن أصول المسائل التي ينظمها الدستور، تمتد لفروعها وتسمها كذلك. فلا يجوز فصل الأصول عما يتصل بها من الفروع. فإذا أغفل الدستور بيان حكم هذه الفروع، ثمين الرجوع إلى الأصل الذي يحكمها لوفى عليها ليس فقط بالضمانة الدستورية المقررة للأصل، وإنما كذلك ليسغ على فروعها جميعها، معانيها على تقدير أن هذه الفروع اشتقاق من أصلها، وأن الأصل هو الذي أنتجها.

ب- أن فروع بعض المسائل التي يتضمنها الدستور، لا يجوز فهمها بعيداً عن أصلها. ويتمين بالتالي ربط الفروع بأصولها حتى تستقيم معانيها وتتحدد الفكرة الكلية التي تجمعها.

ج- أن بعض قواعد الدستور، قد تكون واثية بحقوق غير التي كلفتها، فلا تكون هذه الحقوق الجديدة إلا من فضها. وفي ذلك تطوير للدستور من خلال لتساع الدقرة التي ينسبط عليها.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

المبحث الأول

أصل تركز إليه الفروع التي يجمعها

٧٠- قد لا ينظم الدستور فروع بعض المسائل الدستورية، مكتفياً ببيان أصل القاعدة التي تجمعيها.

ولأن ما يعتبر أصلاً، يمثل من الفروع التي ينتجها، القاعدة الكلية التي تحيط بها فإن تخرج الفروع على هذا الأصل، يردها إلى إطاره. فلا تحظى هذه الفروع بأكل من الحماية ذاتها التي يقررها الدستور لأصلها، ولا تكفل معانيها عن الأصل الجامع لها.

أ. فالحرية الشخصية التي كفلها الدستور ليس لها من نفسها، ما يحصنها من تنظيمها، تخبيراً بأنها تتحرر من خلال تسليها دون عائق، وأن القول بامتناع بغيرها، مؤداه ترمدها على الحدود المنطقية لممارستها، وهو ما ترفضه المحكمة الدستورية العليا فيما قرره من أن ضمان الحرية، لا يعنى غل يد المشرع عن التمثل لتنظيمها، ذلك إن الحرية تفيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائرة Arbitrary Restraints، وليس إسباغ حصانة عليها تغنيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتضيقها ضوابط حركتها^(١).

بيد أن هذه الحرية المعبرة بنص الدستور من الحقوق الطبيعية، هي التي تنفرد عنها حرية التعاقد وتكفل ضمن مشمولاتها، وإليها تمتد ضماناتها. ذلك أن نطاق الحرية الشخصية لا يقتصر على ضرورة تأمينها ضد صور العدوان على البدن التي تتعد أشكالها، وإنما تدرج تحتها إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل فرد على صعود السلود التي يدخل فيها، أيأ كان موضوعها^(٢).

ب. ولأن الحرية الشخصية هي التي تحرك الحياة بكل مناحيها وطاقاتها، فقد غدا منطقياً أن تركز إليها كل الحقوق التي لا تكفل هذه الحرية في غيبتها، ومن بينها حق الشخص في أن ينفذ

(١) دستورية عليا القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم ٨ - ص ١٢٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٧٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ولذا، إذ هو فرع من الحق في تكوين أسرة يظلها الدين والأخلاق، بما يردى لهذه الأسرة طابعها الأصول.

كذلك فإن التدخل في أسرة ما، يفترض اختيار من ينضمون إليها وينصهرون فيها، متخذين منها محورا لحياتهم، وإطراً لأعمق خواصها، وما ينبغي أن يسودها من مظاهر المودة والرحمة^(١).

ومن ثم كان تدخلها، الحق في اختيار الزوج بإرادة حرة واعية، باعتبارها الطريق إلى تكوينها. ولا يجوز بالتالي التدخل تشريعياً في إطار المعلق الزوجية للحد من فرص الاختيار التي تنشأها، ما لم يكن ذلك لمصلحة جوهرية لها ما يظاهرها^(٢).

جس. كذلك فإن الحق في تكوين أسرة ترعى قيمها وطلبتها الأصول، لا ينفصل عن ضرورة صونها >>عطى امتداداً مرحل بقاتها، بما لا يخل بوحدةها، أو يؤثر في ترابطها أو يؤدي إلى تفتتها، وتمزيق لوصالها>>.

وعن هذا الأصل، يتفرع حق كل من الزوجين في الحصول على إجازة من عمله، كي يرافق الزوج الآخر الذي لن له بالسفر إلى الخارج، وطوال المدة التي يقضيها بعيداً عن بلاده^(٣).

د. ولامتتاع مجاوزة العقوبة لموازين اعتدالها، سواء من خلال قسوتها أو امتناتها فيما اجتماعية ثابتة، أو عن طريق توقعها أكثر من مرة في شأن الأفعال عينها، وكذلك حظر إيذاء الشخص مندياً أو معنوياً، أو تعذيبه بأية صورة، أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه الحر، جميعها

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن إرادة الاختيار ينبغي قصر مجال عملها على ما يكون مرتبطاً بذاتية الإنسان في دائرة تبرز معها ملامح حياته وقراراته الشخصية في أدق توجهاتها -قضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) ومن بين هذه المصالح الجوهرية، مراعاة لتكامل الاجتماعي بين الزوجين، وضرورة توفيق عقد الزواج لارتقابه آثاره. أنظر في العلاقة بين الحرية الشخصية وحق اختيار الزوج، قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٨ من ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ من ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع. ولا يجوز بالتالي فرض قيود زمنية على المدة التي يرافق خلالها أحد الزوجين الآخر طول مدة وجود الزوج الآخر في الخارج. أنظر في ذلك القضية رقم ٧٧ لسنة ٢٣ قضائية دستورية المحكوم فيها -جلسة ١١/٥/٢٠٠٣، وهو حكم لم يشر به-.

فروع الحرية الشخصية التي لا يجوز أن تنال منها صور من العدوان على البدن لا مير لسياء ولا تعقيداً بغير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع^(١).

هـ- والنص في الدستور على أن الجريمة وعقوبتها لا يجوز إحداثها إلا بناء على قانون، إنما يتوخى ضمان مشروعيتها، فلا يولد أحد بجريمة كل غير منذر بتجنيها، ولا بالفعل كان إنجائها سابقاً على تكليفها.

بيد أن الحرية الشخصية، وإن أخل بها القانون الجنائي الأسوأ وقعا على المتهم، فلا يكون هذا القانون رجحاً، إلا أن هذا القانون يصل به منذ صدوره كلما كان تالياً لواقع الجريمة، وكان أرفق بالمتهم من خلال العقوبة التي فرضها، سواء بالنظر إلى محتواها أو أوصافها أو مبلغها *de peins Le contenu, les modalités et le quantum* بما ينطوي لآل بأساً في مجال مقارنتها بقانون قائم سابق عليها، وعلى تقدير أن وزن العقوبة إنما يتحدد على ضوء أثرها على مركز المتهم عند تطبيقها عليه.

وذلك هي قاعدة القانون الأصلح للمتهم التي لا تحيز استثناء من قاعدة حظر رجعية القوانين الجنائية، ولكنها تحازيها وتوازنها. وكلتاها فرع من الحرية الشخصية.

ذلك أن المفاضلة بين القوانين الجنائية الموضوعية *De fond* التي تقارنها ببعضها لتحديد أصلها للمتهم -وبالفرض اتساقها جميعاً مع الدستور، وتزاحها على محل واحد، وتفاوتها فيما بينها في عقوباتها- لا تتم إلا على ضوء ما يكون منها أصون للحرية الشخصية وأحفظ لجوهرها، فلا تعدد (إلا بما يكون من بينها كافلاً لإنهاء القيود عليها أو تخفيفها).

بما مؤداه ضرورة تطبيق قاعدة القانون الأصلح -ولو خلا قانون العقوبات منها- بوصفها ضماناً دستورية لا يجوز التفريط بها، وهي بعد من نوع الضمانة التي كللها الدستور للحرية الشخصية^(٢).

(١) لقضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٢/١/١٤ المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) لقضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧- مر ٤١١ وما بعدهما من:

و- كذلك فإن حق الأشخاص جميعهم -سواء بأنفسهم أو عن طريق أوليائهم أو أوصيائهم في اختيار نوع وقدر التعليم، الأكثر اتفاقاً مع ميولهم، واقترباً من مداركهم وملكاتهم، فرع من الحق في التعليم، وهو حق كفله الدستور أصله، باعتباره نبض الحياة وقولها على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في عديد من أحكامها (١).

ز- والحق في النفاذ إلى المعاهد التعليمية، بمراعاة الشروط الموضوعية للقبول بها، يعتبر مشتملاً بالضرورة على حق الانقطاع بمرفقها وتسهيلاتها وخدماتها بقدر اتصالها بالعملية التعليمية في ذاتها، وضمانها تكامل عناصرها.

ذلك أن الاعتبار الأظهر في المعاهد التعليمية، وإن كان عائداً أصلاً إلى خصائص مناهجها أو مستوياتها، وكفاءة الهيئة التي تقوم بتدريسها، ودفقتها على التكثير في طلبتها وجذبهم إليها؛ إلا أن الانقطاع بمرفق هذه المعاهد وخدماتها وتسهيلاتها، لا يقل شأنه عن دور مناهجها وطرق تدريسها في النهوض برسالتها، واستثارة اهتمام طلبتها ووعيمهم.

ولا يدعو هذا الانقطاع بالتالي، أن يكون ضرورة يقتضيهما الحق في التعليم، وتتطلبها الشروط التي يكون التعليم في كنفها أكثر ثراءً وجوية (٢).

ح- وحق العامل في الانضمام إلى المنظمة النقابية التي يطعن إليها، واختيار واحدة أو أكثر من بينها حال تعددها ليكون عضواً فيها؛ وإعراضه عنها جميعها، فلا يلجأ إلى من أبوابها؛ فضلاً عن الحق في إنهاء عضويته في نقابة مقيد بها؛ جميعها فرع من الحرية النقابية التي أرسنها النظم الديمقراطية في اتجاهها إلى تعميق قاعدتها.

ذلك إن الديمقراطية النقابية التي كفلها، وأقام صرحها نص المادة ٥٦ من الدستور، هي التي تطرح بمقاييسها ووسائلها وتوجهاتها، نطاقاً للحماية يكفل للقوة العاملة مصالحها الرئيسية، ويبلور إرادتها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود؛ ولأنها تعتبر مفترضا أولياً لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحي نشاطها؛ وبها يكون العمل النقابي إسهاماً جماعياً لا يتمحضر عن انتقاء حلول بذاتها

(١) الحكم الصادر في الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "مصرية" - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - ص ١٩٤ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق.

تستقل بتقديرها، وتعمل من أجل فرضها الكلية أيًا كان صحتها أو عدوانيتها، فلا تكون وصايتها على خصومها أمراً مقبولاً^(١).

ط. وضمنان الدستور بنص المادة ٤٧، حرية التعبير عن الآراء، والتمكين من تلقيها وعرضها ونشرها، سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها وتكويرها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها للحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها.

وبدولها تنفذ حرية الاجتماع مغزاها وصور وجودها، وبها يكون الأفراد أحرارا لا يتسهبون موقفا، ولا يترددون وجلا، ولا يتصمون بغير الحق طريقا.

وعنها يتفرع الحق في انفتاح قناتها عبر الحدود الإقليمية للدول على اختلافها؛ وكذلك الحق في ألا يكون الحوار إصماتا مفروضا بقوة القانون؛ وألا يكون التزام على مقاعد المجلس النيابية واقعا في دائرة محدودة ألقاها، تتضامل معها فرص الاختيار بين المرشحين؛ وألا يكون الحق في انتقاد القائمين بالعمل العام محاطا بأغلال غاياتها إخفاء أخطائهم أو طمسها وسد الطريق إلى تعريتها.

بل إن حرية التعبير يفرضها أن ينطق الطريق إلى الإبداع في العلوم والفنون، فلا تنفخ أبوابها على مصارعها^(٢).

ي- كذلك فإن حق المواطنين في الحصول من الدولة، على الوسائل الملائمة التي تعينهم على معاشهم *Droit à des moyens convenables d'existence*، فرع من الحق في الحياة.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٥/٤/١٩٩٥ -قاعدة رقم ٤١ - من ١٣٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٤ يناير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٣٢- من ٤٤٠ وما بعدها من الجزء السادس. ويلاحظ أن الدستور كفل بنص المادة ٤٨ منه حرية الإبداع وإجراء البحوث العلمية. ولو لم يكن الدستور قد نص عليها، لكان ضمها ملزما في إطار الصيغة التي يكفلها الدستور لحرية التعبير.

المبحث الثاني

فروع يجمعها أصل واحد

٧١- من النصوص التي يتضمنها الدستور، ما يعتبر من قبيل الفروع لأصل أغفل بيانه.

ولأن الأصول تنتج فروعها ولا تنفص فيها وتتفرع بها، فقد تعين القول بأن كل أصل هو القاعدة الكلية لكافة فروعه، فتمنح الأصل فروعه هذه معانيها ويحدد كذلك الإطار العام لتلك الفروع، فلا تعمل بعيدا عن أصلها لأنها من قبضه. ولا يتصور بالتالي أن تتعارض الفروع أصلها، ولا أن تتجافيه. ومن ثم كان إلحاقها بأصلها مود إلى فهمها بطريقة الفضل.

أ- فحق الفرد في أن يؤمن ضد صور الاعتقال والقبض غير المشروع، فرع من تكامل شخصيته وضمان آدميته وكرامته.

ب- وشخصية المسؤولية الجنائية التي أغفل الدستور النص عليها، أصل لنص المادة ٦٦ منه التي تقر شخصية العقوبة. ذلك أن وطأة الجريمة لا يجوز أن يتحملها غير من ارتكبها. فلا يؤاخذ بالجريمة غير جانيها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها وأسلم عليها وأعاها بنتائجها. فلا ترتبط شخصية العقوبة بخير من يكون قانونا مسؤولا عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلا لها، أو شريكا فيها^(١).

جـ. والحق في التنقل من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز التزريط فيها. وقد كلفه الله تعالى في قرآنه بقوله: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها". ويقول "هو الذي جعل لكم الأرض مساطا لتسلكوا منها سبلا فجاجا"

وهو أصل للفروع المنصوص عليها في المائتين ٥٠ و٥١ من الدستور، اللتان تحظران حرمان المواطن من الإقامة في جهة بذاتها، أو حمله على التوطن فيها إلا في الأحوال التي يبينها القانون؛ ولا تجيز إبعاده عن بلده أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تدبيرا احترازيا لمواجهة خطورة

(١) القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

إجرامية^(١). كذلك تحول المادة ٥٢ من الدستور إلى القانون لتنظيم حق الهجرة إلى الخارج، سواء في ذلك ما كان من صورها دائما، أو مؤقتا.

فهذه الحقوق جميعها المنصوص عليها في المواد المشار إليها، فرع من الحق في التنقل الذي يراه كثيرون ولقباً في نطق القوم العليا للجماعة، متصلاً بمفهوم الحرية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع؛ وكذلك بالحق في الاجتماع لتبادل الآراء وتلقيها وبشأ، وبحرية الصحافة التي يتحذر عليها أن توفر لقرائها مواد مفيدة حقها محروها بغير ضمن حقهم في التنقل. وغدا هذا الحق بالتالي امتيازاً لكل مواطن في إطار للنظم الديموقراطية، كالللا تردده على كل جهة يريد التعامل معها، أو عرض بعض شؤونه عليها^(٢).

د. كذلك فإن حق المعاهد العلمية في ضمان استقلالها ماليا وإداريا، فرع من حريتها في إجراء البحوث العلمية التي يقتضيها نشاطها، فلا تتغلق أو تنكمض دائرة الإبداع في دائرتها.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "سورية" - جلسة ١٩٩٢/٢/١٤ - مادة رقم ٢٨ - من ٢٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) Antism, Modern institutional law, volume 1, 1969, pp.256,258.

المبحث الثالث

نصوص في الدستور تشرح لحقوق لا نص عليها فيه

٧٢- كثيرا ما يدل إمعان النظر في بعض الحقوق التي نص عليها الدستور، على أن عليها، أو ما وراءها من القيم، وتتوخاه من الأغراض، متوالفة في غيرها من الحقوق التي لا نص عليها. فلا تكون الحقوق المنصوص عليها، إلا مفضية إلى حقوق جديدة لم يقرها الدستور.

وبها تمتد الدائرة التي تسعها أحكامه، فلا تنحصر في تلك التي نص صراحة عليها. وإنما تندمج فيها كذلك للحقوق التي كللها ضمنا -تتلو جميعها على ما سواها- بما يحول دون تشكل المشرع لتحريفا.

وأية ما تقدم، أن الدستور قد يورد نصا صريحا في شأن حرمة الحياة الخاصة، وقد يتجاهلها مكتفيا بنصوص أخرى تكل عليها، من بينها حق الأفراد في الاجتماع بصورة سلمية وبغير تدخل من السلطة؛ وفي تأمين أشخاصهم ودورهم وأورثهم ومتعلقاتهم في مواجهة القبحض والتفتيش غير المبرر؛ وكذلك حق المتهمين في ألا يكونوا شهداء على أنفسهم، توفيا لإدلائهم -جبرا عليهم- بأقوال قد تكذبهم.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها. غايتها ضمان اطمئنان أصحابها لأن تكون خواص حياتهم بعيدة عن اقتحامها بما يخل بحرمتها. شأنها في ذلك شأن اتصالاتهم البريدية والبرقية والهاتفية التي يبغي ضمان سريتها والامتناع عن اختراقها، وعلى الأخص من خلال الوسائل العلمية الحديثة التي بلغ تطورها حدا مذهلا؛ وكان لتناميها بإمكاناتها المتطورة، أثر بعيد على الناس جميعهم حتى فسى أدق شؤونهم، بما جعل اختلاس بعض جوانبها وصولا لأغوارها، نهبا لأعينها وأذنانها^(١).

وما تكس عليه بعض النساتير أو الوثائق من تحويل المضطهدين من أجل دفاعهم عن قضايا الحرية في بلدهم، حق اللجوء إلى دول أخرى للحصول على ملجأ فيها، يعتبر وثقيا بالحق في الحرية الشخصية وبالحق في الحياة.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ -مقاعدة رقم ٨٧،٦/٣٨- من

كذلك فإن حظر الدستور لكل صور الاستقلال، يرشح لحق الفرد في ألا يكون رقيقاً؛ وألا يساق إلى أشكال الدعارة على اختلاقتها؛ وألا يحمل على عمل لا يرضاه ما لم يكن أدلوه وفقاً للقانون، ومطلوباً لمواجهة حالة طارئة، وتكليفاً لتحقيق نفع عام، وبمقابل عادل^(١).

وحق الفرد في الوجود متفاعلاً مع الجماعة التي يعيشها، وبما يشد وثاقه بها، مفضٍ الحق في تقرير المصير. وحق المواطنين في السيطرة على مصادر الثروة في بلدهم واستغلالها وفق نظم تكفل معادلتهم، يفصح عن الحق في تنمية هذه الموارد دون تدخل من أحد.

وضمنان نصيبهم العادل في الناتج القومي، ليس إلا إيماء وتوكيداً لحقهم في العمل، وبضرورة صون حقهم في الملكية بمراعاة وظليفتها الاجتماعية.

وحقهم في الإسهام الحر في الحياة الثقافية لبلدهم، مؤشر لحقهم في فرص للتعليم وفق مبادئهم. وعلى ضوء مبولهم.

وحقهم في صون كرامتهم، بتلقيه لمتانها، وعلى الأخص من خلال إخضاعهم لعقوبة تنسم بقسوتها، أو بحطها من آدميتهم، فلا يكون فرضها عليهم حقاً، بل محظوراً.

ومساوالتهم في الضريبة، إرصاص بتكاثفهم في الحماية القانونية فيما سواها من الأعباء المالية.

وبناء الأسرة المصرية بمراعاة طابعها الأصيل، وعلى ضوء قيمها وثقاليتها في مجتمعها، مزد للحق في تأسيسها على الخلق والدين.

والنص في الدستور على أن تقدم الدولة خدماتها الثقافية والاجتماعية والصحية للقرية بما يكتل بمرها وانتظامها؛ كلال ثبوته كذلك لأهل كل مدينة بما لا يقل عن مستوياتها في القرية.

والحق في تلقي العلوم من أربابها؛ وإش بالحق في تلقيها الآخرين وتمييزها وتقييمها.

(١) انظر الفترة الثغنية من المادة ١٣ من دستور جمهورية مصر العربية.

الفصل الرابع

الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها

٧٣- تنقسم الدساتير المعاصرة بثبوتها في مجمل أحكامها، قواعد تقوم على نخويل كل سيادة حقوقا صريحة أو ضمنية من جهة؛ وعلى تنفيذها من خلال بيان تخومها من جهة ثانية.

بل إن موقفها من تنفيذ السلطة، يعتبر من أهدافها الأولية أو المبدئية التي لا تحيد عنها.

ولقد كان احتكام المواطنين إلى هذه القواعد، وطلبهم فرضها على المخاطبين بها، لبناء كيان أفضل لمجتمعهم، قاطعا بعزمهم إيجاد شكل من أشكال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، ضايتها ضمان سيادة الدستور، على تقدير أن أحكامه مجرد هياكل للنظام الحكم فيها ولحقوق الأفراد وحرياتهم، تقتصر على بيان خطوطها الرئيسية بغير خوض في تفصيلاتها Skeleton Clauses.

مما دعا جهة الرقابة على الدستورية لأن تكسى هذه النصوص لحمها، وتلقى عليها لباسها. خاصة وأن نصوص الدستور لا تعتبر نافذة بذاتها في الأعم من فضلا عن أن غموض معانيها في كثير من مواضعها، يقتضى تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لإيضاحها ومواجهة قصورها، مما أشاع القول بأن الدستور وإن كان نقطة البداية التي تركز عليها هذه الجهة في عملها، إلا أن اجتهاداتها هي الدستور ذاته، فلا تكون شروحها للدستور إلا محيطة بكل جوانبه، وكأنها وثيقة جديدة مضافة إليه.

وصار صحيحا ما نراه اليوم من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تمثل من للنظم الدستورية -مع تعددها وتباين أشكالها- جوهر ملامحها.

وحتى للتأثير التي كان موقفها من هذه الرقابة مترددا، أدرجتها في صلبها بعد إيمانها بحيويتها، واقتناعها بضرورتها، وتعاضد دورها في مجال ضمان تنفيذ السلطة بالضوابط المفروضة على نشاطها.

ولم يكن إرساء جهة الرقابة القضائية لقواعد الشرعية الدستورية، اقتزاعا لاختصاص غير ثابت لها. بل جزءا من عملية تفسير الدستور وتطبيقه في نزاع مطروح عليها، ابتغاء فرض قواعد على المخاطبين بها.

ولم يعد مقبول القول بأن الدول التي تأخذ بالرقابة القضائية على الدستورية، هي صانعها. وإنما الصحيح هو أن احتضانها لها قد تحقق بوصفها حجر الزاوية في بنيان النظم الدستورية جميعها
The Cornerstone of the constitutional edifice.

هذا فضلا عن أن نصوص الدستور التي لا يُخل المخطئون بها على تنفيذها، لن تزيد عن مجرد طبول جوفاء يقرعها أصحابها في بيدها مقرة، فلا يسمعون أحد.

أولاً: قانون الخصومة الدستورية

٧٤- وإذا كان قانون الخصومة الدستورية، هو الدستور؛ وكان تطبيق هذا القانون يقتضي إطراح ما سواه من القواعد القانونية التي يتصل تطبيقها بالنزاع المعروض على الجهة القضائية، إصلاً لمبدأ تدرج النظم القانونية في البلد الواحد؛ فقد نعين أن يكون الدستور هو القانون الأعلى، خاصة وأن أحكامه لا تحدتها إرادة توقيفية أو انتهائية تطو فوق للمواطنين وتقتسمهم، ولكنهم يصوغونها بأنفسهم فاصدين بها أن تكون إطاراً لحياة أفضل في قديمها ووسائلها.

ولم يكن ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا الأمريكية في قضية Marbury V. Madison، من أن الدستور كقانون أساسي، لا يجوز أن تحيه قاعدة تناقض أحد أحكامه؛ وأن من اختصاص المحاكم جميعها؛ بل ومن واجبها كذلك، أن تقرر بنفسها ما هو القانون في نزاع معين^(١)؛ لم يكن ما قرره من ذلك صرخة في الفضاء العريض، ولا هو ابتداع غير مسبوق، بل تؤكد لحقيقة قانونية لا نزاع فيها تقتصر دور المحكمة العليا الأمريكية على مجرد إعلانها.

وتبدو أهمية الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بصورة أكثر وضوحاً في الدول الفيدرالية التي ينظم دستورها حقوق مواطنيها وحرياتهم على امتداد ولاياتها أو مقاطعاتها أو كائناً منها من جهة؛ ويركز كذلك على تقوم العلاقة بين الحكومة المركزية وولاياتها الإقليمية هذه.

ذلك إن تصور جهة الرقابة القضائية لدستور الاتحاد بصورة متعقبة ومتوازنة، هو الذي يحفظ للعلاقة بين الحكومة المركزية وولاياتها الإقليمية تماسكها، ويكفل ازدهارها، ويقم نعلونا وثيقاً بينها، لا يخل بالتقود الحاجزة لسلطة كل منها.

(١) Marbury v. Madison, 5 U.S. [1 Cranch] 137 (1802).

فلا تيمط إحداهما يدها لانتزاع اختصاص ليس لها، بل تعمل جميعها في إطار منظومة متكاملة، لكل منها -في نطاقها- حقوقها التي تصونها جهة الرقابة القضائية، وواجباتها التي تلزمها بها، كسبب يظل الاتحاد صامدا عبر أعاصير التنازع والتناقض المصالح، فلا يتداعى متهاويا متصدعا.

ومن المحقق كذلك، فإن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تجعل الدستور أكثر من مجرد وثيقة تبلور قيما خلقية سياسية *Maximes of political morality*.

ذلك إن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تفصل في كل خصومة قضائية يثار فيها مخالفة قاعدة قانونية للدستور.

وغدا صحيحا القول بأنه لا دستور بغير رقابة قضائية، ولا رقابة قضائية مجردة من سلطة إلزام المشرع بالقيود التي تضمنها الدستور.

بل إن هذه الرقابة هي الضمان الوحيد لإنفاذ هذه القيود بما يجعلها جزءا من بنيان الدستور.
The Sine qua non of the constitutional structure.

ثانيا: الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية

٧٥- وفي الدول الفيدرالية، تمتد الرقابة القضائية إلى القوانين الصادرة عن ولاياتها للفصل في تطابقها أو تعارضها مع دستور الاتحاد، على تقدير أن هذا الدستور هو القانون الأعلى في كل أجزائها^(١)، ولأنه لا يجوز أن تنظر كل ولاية إلى نفسها بوصفها كيانا سياديا لا يتقيد بدستورها المحلي. بل إن هذه الرقابة هي التي تكفل سمو القوانين الاتحادية على قوانين الولايات، وعلو دستور الاتحاد على الدساتير المحلية، بما يصون وحدة الدولة ويعزز مكانتها.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، لم تغل بعض ولاياتها تدخل المحكمة العليا الفيدرالية في قراراتها من خلال مباشرتها لولايتها الاستثنائية؛ وكان موقفها ضربة قاصمة لبنيان الدستور، إلا أن المحكمة العليا الفيدرالية ألزمتها بتنفيذ أحكامها مقرر أن رقابتها على الشرعية الدستورية، تقتضيها إخضاع كل ولاية لقواعد هذه الرقابة بوصفها مترعة بالضرورة عن واجبها في ضمان فعالية دستور الاتحاد كوثيقة مدونة توزع السلطة فيما بين الحكومة المركزية ولاياتها؛ ولأن السيادة الوطنية لا تصونها إلا المحكمة الأعلى في بلدها من خلال تطبيقها لنصوص القوانين الفيدرالية على أعمال

(١) Fletcher v. Peck, Lo U.S (6 cranch) 87 (1810).

الولاية، وإلزامها بالحدود التي رسمها لها دستور الاتحاد، فلا تكون تشريعاتها أو قراراتها أو أحكامها منقضة لقوانين الولايات المتحدة ومعاهداتها ودستورها.

وفي ذلك يقول جون مارشال: "أو نظرنا إلى طبيعة الاتحاد وأغراضه، ومحصنات المبادئ العظيمة التي قام عليها بديان الدستور، فإن النتيجة التي نستخلصها والتي لا مفر من التسليم بها، هي أن المحكمة الأعلى لهذه الأمة، هي التي ينبغي أن تكفد لها ناصية الأمر في مجال مرجعها قضاء المحاكم المحلية فيما يمس الأمة في مجموعها"^(١).

Let the nature and objects of the Union be considered, let the great principles on which the constitutional framework rests be examined, and the result must be that the Court of the nation must be given the power of revising the decisions of local tribunals on questions which affect the nation.

والقول بأن السلطة التي تمتلكها جهة الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية، والتي تُضطلع بموجبها قوانين كل ولاية أو مقاطعة لرقابتها، تتعارض الروح الحقيقية للاتحاد، فلا يظهر مترابطاً في أجزائه، ولا متوافقاً في اتجاهاته؛ مردود أيلاً بأن الوظيفة الأساسية لجهة الرقابة، لازمها أن ترد النصوص القانونية جميعها إلى الدستور، وأن تبطل كل قانون أو قرار يخالف بالحدود التي رسمها لكل ولاية أو مقاطعة.

ومردود ثانياً بأن السيادة الوطنية يستعمل ضمانها بصورة هادئة داخل الدولة الفيدرالية، إلا عن طريق تحقيق توازن في بليان الدستور بين سلطاتها المركزية والإقليمية؛ ومن خلال جهة الرقابة القضائية على الدستورية تكون حكماً بينها، ولا يكون قرارها في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، إلا قولاً فصلاً، بما يحفظها السلطة النهائية في تفسير الدستور.

٧٦- وحتى في غير الدول الفيدرالية، فإن قضاء المحاكم في الخصومة الدستورية، يحوز أصلاً قيمة أدبية كبيرة. ولتقمة القانونية التي تكتسبها أحكامها، قد تسبقها السلطة التقديرية العائدية التي أغرتها قوتها المتزايدة بأن تحدد تارة بنفسها نطاق المعونة المالية التي تمنحها السلطة القضائية كي تعينها على إدارة عدالة مقننة، وأن تتدخل طورياً آخر في عملها إلى حد تجاهلها لقراراتها بالرغم من قيمتها المعنوية الناجمة عن دعم المواطنين لها.

(١) Cobens. v. Virginia, 19 U.S. (6 wheat) 264 (1821).

ولم تسلم جهة الرقابة على الدستورية فى هذه الدول من تدخل السلطة التشريعية فى شئونها، سواء من خلال تحديد طرق هذه الرقابة وإجراءاتها؛ أو عن طريق القواعد التى حددت بها لجهة الرقابة كيفية تشكيلها وقواعد تنظيمها الداخلى؛ وإن ظل مطلوبا ولازما، ألا يصل هذا التدخل فى منتهاه، إلى حد اقتلاع جهة الرقابة، أو إرهابها، أو الإخلال باستقلالها وذاتية كيانها؛ أو إلى حرمان الأفراد من فرص الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التى كفلها الدستور، وعلى الأخص فى مجال اعتراضهم على الاحتجاز غير المشروع لأبدانهم.

ثالثا: أهمية الرقابة على الدستورية بشكل عام

٧٧- وزاد من أهمية الرقابة على الدستورية، تحول فى مفهوم الديمقراطية، لم تعد به ديموقراطية بالقانون La démocratie par la loi بل ديموقراطية بالدستور La démocratie par la constitution.

كذلك كان التركيز فى بنية الدستور -حتى فترة قريبة- دائراً حول مبدأ فصل الأفرع التى تباشر السلطة عن بعضها البعض، ودون إخلال بحقوق الأفراد وحرياتهم التى كان ينظر إلى ضمانها باعتبارها نتيجة مترتبة بالضرورة على تقيد السلطة من خلال تقاسم مظاهرها بين الأفرع التى تمارسها.

وحتى الفقهاء وإن اختلفوا حول أفضلية النظام البرلمانى على الرئاسى، وما إذا كان فصل أفرع السلطة عن بعضها، ينبغى أن يتم بالمرونة أو بالجمود، إلا أن اتفاقهم كان عريضا على مبدأ معين، هو أن الحرية تعتمد فى ضمانها على الكيفية التى ينظم بها الدستور حدود مباشرة السلطة، وضوابط فصلها، فى نطاق العلاقة بين الأفرع التى تباشرها.

وكان منطقاً بعد أن صار للسلطة التنفيذية بحكم أغليبيتها البرلمانية، اليد الطولى التى تسيطر بها على زمام الأمور فى بلدها، أن تقوم الدساتير فى العصر الحاضر على مفاهيم مغايرة قوامها أن الدستور، هو الحقوق التى يضمنها؛ وأن الوثيقة الدستورية تعيد حقوق الأفراد أكثر من إرهابها فى التركيز على ضوابط فصل السلطة وتنظيم التى تحكمها.

٧٨- وبدا الدستور على ضوء هذا التغيير فى المفاهيم التى يقوم عليها، ميثاقاً يكفل الانتقال من مبدأ فصل السلطة إلى مبدأ ضمان الحقوق.

Passage de la constitution -séparation des pouvoirs, à la Constitution -garantie des droits.

وقد تحقق هذا الانتقال -الأكثر دعما للديموقراطية- من خلال جهة الرقابة على الشرعية الدستورية على الأخص، التي تكفل لحقوق الأفراد وحرياتهم تنظيما متصاعدا يرتقى بنوعيتها، ويوفو لحمايتها وسائل الجزاء التي تقارن أحكامها.

ولم تعد قيمة حقوق الأفراد وحرياتهم، عائدة إلى إحصائها في الدستور وعددها واحدا بعد الآخر. بل تعلق الأمر بنوعية الضمانة التي تكفلها لها جهة الرقابة على الدستورية من خلال أدواتها ومناهجها في هذه الرقابة، وعن طريق تعدد المصادر التي تحتكم إليها في مجال تقرير دستورية القوانين المطعون عليها؛ وبمراعاة أن فصلها في هذه القوانين يتأثر دائما بالسياسة القضائية لهذه الجهة.

ولا شبهة في أن الفكرة التقليدية للدستور، تشتمل على حقوق الفرد وحرياته. بيد أن ما يعطى الدستور مدناه ومغزاه، لا يتمثل في مجرد رصد هذه الحقوق والحريات -سواء في صلبه أو في إعلان الحقوق قائم بذاته- وإنما تنفتح للدستور آفاق جديدة في مداها، حين تصوغ جهة الرقابة على الدستورية معاني جديدة للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وتبلور مبادئ أكثر رحابة وأفضل في ضماناتها.

ومن ثم تمتد حقوق الفرد وحرياته عرضا وعمقا، فلا تنحصر في القائمة المغلقة التي بينها للدستور من خلال إحصائها وعددها^(١)، وهي قائمة كان احترامها في الماضي معلقا على ونظرة المواطنين بكل طوائفهم، وارتبط بتنفيذها كذلك بالأدوار السياسية التي تلعبها مراكز القوة في بلد ما.

ولم يعد صحيحا القول بأن السلطة التشريعية إقرار القوانين وإلغائها وفق إرادتها وبالكيفية التي تراها. بل صار من المحقق تطبيق سلطتها في إقرار قانون ما، على شرط عدم إخلال هذا القانون بأية ضمانات من طبيعة دستورية^(٢).

(١) فتح الفرد في اختيار زوجته غير منصوص عليه في الدستور، ومع ذلك كفلته المحكمة الدستورية العليا لأعضائه مجلس الدولة الذين يريدون الزواج بأجنبية دستورية عليا -للتنفيذ رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٥/٣/٢٨ - بقاعدة رقم ٢٨- ص ٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 84-185 D.C., 18 janvier 1985, R.p.36; C.C. 89-259 D.C. 26 juillet 1989.R.p. 66; C.C.91-296 D.C., 29 juillet 1991. R.p.102; C.C. 90-281 D.C.,december 1990.R.p.91

٧٩- والذين آمنوا بالرقابة القضائية على الدستورية، أدركوا بأن الجهة التي تباشرها تمثل نمطا جديدا للعلاقة بين المواطنين وحكامهم؛ وأن فعالية دورها، ضمان لتقدم الديمقراطية التي كان شكلها السابق يقوم على الخلط بين الجماهير وممثليها؛ بين إرادة الجماهير في صورتها الحقيقية، وإرادة أعضاء السلطة التشريعية الذين أنابتهم الجماهير عنها في تمثيلها، فلا تملو إرادتهم عليها، يزعم أنهم يحلون محلها في التعبير عنها^(١).

وهذه النظرة للديمقراطية، هي التي تبنتها جهة الرقابة على الدستورية التي تمايز بين حقوق مواطنيها من جهة، وبين السلطة التي تحكمهم من جهة أخرى، فلا تندمج حقوقهم فيها، ولا تقوم هي بدلا عنهم في تقرير نطقها أو اقتضاها، ولا تستعيز عن إرادتهم بإرادتها، ولا تقدم إرادتها عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، هي وسيلتهم في التعبير عن إرادتهم في مواجهة ادعاء ممثليهم البرلمانيين بأنهم أصحابها.

رابعا: حلول الديمقراطية للقضائية محل الديمقراطية التمثيلية

٨٠- ومن ثم تحل الديمقراطية التي تكون ملامحها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، محل الديمقراطية التمثيلية.

ولأن السيادة الشعبية لا تجوز مباشرتها بصورة مباشرة، فإن جهة الرقابة على الدستورية تأخذ في اعتبارها أن الذين يدعون تمثيل الجماهير، قد يخونوها أو يسيئون التعبير عن إرادتها في أحسن الفروض؛ وأن محاسبتهم عن أفعالهم، وعلى الأخص في شأن القوانين التي أقرها، مناطها إخضاع السلطين التشريعية والتنفيذية لحكم الدستور، وإلزامهما باحترامه بوصفه تعبيراً عن السيادة الشعبية. فلا يكون النزول على الإرادة التمثيلية إلا بقدر توافيقها مع السيادة الشعبية، تقديراً بأن ثانيتهما -دون أولاهما- هي التي ينبغي الخضوع لها.

(١) Carré De Malberg, la loi, expression de la volonté generale. Economica 1984.

وأقرب من ذلك ما قرره لويس الخامس عشر في خطابه أمام البرلمان في ٣ مارس ١٧٦٦ من أن حقوق الأفراد وحرانيتهم تتحد بالضرورة مع ممثليهم، وتقع في أيديهم.

les droits et libertés sont nécessairement réunis à ceux des représentants et reposent entre leurs mains... cité par Jean - Yves Guéhenneuc, l'ideologie nationale. champ libre 1974, p.39.

هذا فضلا عن أن التمييز بين المواطنين ومن يحكمونهم، يقتضى الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية، وبينهما وبين جهة الرقابة على الدستورية من ناحية ثانية، فلا تكون هذه الجهة قريبة في وظائفها من هاتين السلطتين، ولا موقعها موازيا لهما، بل يكون لهاتين السلطتين مجتمعها ذو الطبيعة السياسية.

ولا كذلك جهة الرقابة على الدستورية التي لا يكون مجتمعها إلا مدنيا، ونشاطها إحداثا لعلاقات جديدة بين هذه المجتمعين، من خلال إلزامها السلطة بكل أشكالها ورموزها بصون حقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص كلما أعلن المواطنون عزمهم عن الدفاع عنها وكان توكيدهم لها، قد تم من خلال استفتاء عام.

وإذا قيل بأن للسلطة التشريعية أن تحرر بطريقتها عن مفهومها للسيادة الشعبية، إلا أن ادعاءها احتكارها تمثيل شعبها، مؤداه إيلاتها من كل رقابة قضائية على نشاطها، وانقضاءها على ولاية جهة الرقابة على الدستورية ذاتها، وتقويضها لسلطتها التي تحد بها -من منظورها- ما تراه الجماهير حقا لها. وهو ما لا يجوز، وذلك لأمرين:

أولهما: أن هذه الجهة تستمد اختصاصاتها مباشرة من الدستور، فلا يجوز هدم ولائنها أو تحريفها.

ثانيهما: أن الأصل هو أن يكون لكل مواطن حق اللجوء إليها -بطريق مباشر أو غير مباشر- لتفصل فيما يطرحه عليها من الطعون في شأن مخالفة قانون للدستور^(١).

٨١- ولا جرم في أن الديمقراطية في صورتها الحديثة، قولها إخضاع أعمال السلطة التشريعية -رابطراد- للقيم التي تتميز بها الجماعة في لحظة زمنية معينة.

وصار منطقيا بالتالي تقييم هذه الأعمال على ضوء قيم الجماعة ومبادئها التي اختلطت طريقتا لحياتها، للتحقق من توافقها أو تعارضها معها. وهو ما تعهد به المساتير المعاصرة إلى جهة اختصاصها بالرقابة للقضائية على الدستورية كي تتولى بنفسها عملية انتقادية عقلية في شأن قوانين السلطة التشريعية وقراراتها.

(١) Domonique Rousseau. Droit de Contentieux constitutionnel, 4e édition, pp.397-403

وقد أثار ذلك تساؤلا حول ما إذا كان لجهة الرقابة على الدستورية -وهي بطبيعة تكوينها غير منتخبة- أن تتقيد بأحكامها، السلطة التشريعية التي تبشر ولايتها بعد اختيار أعضائها الذين يُشخصون -من خلال الاقتراع العام- إرادة الأمة ويمثلون عنها، خاصة وأن المهمة التي تتولاها جهة الرقابة على الدستورية، تنحصر في تقييم القوانين الصادرة عنها، سواء تعلق الأمر بالشكل الخارجى لهذه القوانين -مثلا في القواعد الإجرائية التي تتبعها السلطة التشريعية في مجال اقتراحها أو إقرارها أو إصدارها- أم بصورتها الداخلية التي يعكسها مضمون هذه القوانين أو محتواها.

ويقضى الرد على هذا التساؤل التمييز في مجال الرقابة على الدستورية بين أمرين:

أولهما: قوانين تقرأها السلطة التشريعية في حدود سلطتها التقديرية، وهذه لا شأن لجهة الرقابة على الدستورية بها بقدر ما يقوم من توافق منطقي بين النصوص القانونية التي أقرتها والأغراض المقصودة منها.

ثانيهما: قوانين أقرتها السلطة التشريعية مجاوزة بها حدود ولايتها بالنظر إلى خروجها على الدستور في جوانبه الشكلية أو في مضمون أحكامه.

وهذه هي منطقة الرقابة على الدستورية التي لا نزاع في أن الدستور لم يفوض السبلة التشريعية في فتحها.

ذلك أن كل سلطة أسسها الدستور، ينبغى أن تتقيد بأحكامه، ما كان منها شكليا أو موضوعيا، تقديرا بأن النزول عليها هو رضوخ لإرادة الجهة الأعلى التي أنشأتها، ويعتتها من عدم.

ومن ثم لا تُعارض الرقابة على الدستورية -التي لا يجوز لها بطبيعة وظائفها أن تقدر ملامة إقرار النصوص المطعون عليها في لحظة زمنية بذاتها، ولا أن تفصل في حكمتها، أو بواعثها- الديموقراطية المنبثقة عن السيادة الشعبية. ولكنها توفر لنصوص الدستور -وهي التعبير الأعلى عن

الإرادة الأتمثل والأوثق للجماهير المريضة- للحماية اللازمة لها بفرض كلمتها على المخاطبين بها^(١).

٨٢- واتجه نفر من الفقهاء إلى القول بأن الرقابة القضائية على الدستورية، غايةها دعم حقوق الإنسان الطبيعية والأسبق في وجودها من كلفة الدساتير والوثائق الملحقة بها. وهي حقوق لا نتقاسم من جهة وتتخطى الحدود الإقليمية من جهة ثانية. ولا يجوز كذلك النزول عنها أو تجزئتها^(٢).

ومن ثم لا يزيد دور جهة الرقابة على الدستورية بشأنها على مجرد حراسيتها^(٣) لضمان خضوع الدولة بصفة كاملة ووطية للقانون، بما يحول دون تحكمها، ويقدها بالحقوق السابقة في وجودها عليها.

فلا يكون خضوعها للقانون عملاً داخلياً من خلال تأييدها لنفسها بنفسها. L'autolimitation. وإنما يتحقق هذا الخضوع عن طريق سلطة غيرها، مختلفة عنها، تقدها بمحتواه L'heterolimitation.

(١) ولا يخفى ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لها إرادة تطو بها على الإرادة الأعلى التي أسستها. ونظراً لذلك أنه لو قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفة قانون الدستور، ثم أقر الشعب في استفتاء، هذا القانون بعد عرضه عليه، فإن على المجلس أن يلتزم بنتيجة الاستفتاء باعتباره تعبيراً عن الإرادة المباشرة للجماهير صاحبة السيادة الوطنية، وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي بأن القوانين التي يخضعها لولايتها هي تلك التي أقرها البرلمان، وأنه لا شأن لرقابته بالقوانين التي ولق عليها الشعب في استفتاء، لأنها تبلور التعبير المباشر عن السيادة الوطنية.

les lois soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, adopté par le peuple à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

[C.C. 62-20 D.C., 6 November 1962, R.p.27; C.C. 92-313 D.C., 23 September 1992, R.p.94].

(٢) يؤكد إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ وجهة النظر هذه، ذلك أن مادته الثانية تنص على أن غاية هذا الإعلان هي صون حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تقاسم فيها.

La conservation des droit naturels et imprescriptibles de l'homme.

(٣) حرص مجلس الدولة الفرنسي على إنهاء تحكم السلطة الإدارية من خلال إلزامها باحترام القانون. كذلك ينص المجلس الدستوري الفرنسي تحكم السلطة التشريعية من خلال إخضاع أعمالها للدستور وحقوق الإنسان.

وفى هذا الإطار، لا تكون الرقابة القضائية على الدستورية، مجرد آلية لها طبيعة فنية غايتها إخضاع الدولة لمبدأ تدرج القواعد القانونية. ولكنها وسيلة عميقة تتوخى أصلاً وقبل كل شيء، ضمان احترام الدولة لحقوق الفرد وحريته^(١). فلا يكون خضوعها للقانون غير مجرد انضمام من جانبها إلى قيم الحرية والتكافؤ في المعاملة القانونية، وكذلك إلى قيم التسامح التى يكون بها مجتمعها قائماً على التضامن بين أفرادها، الحائزين لحقوق يملكونها فى مواجهة الدولة لتصمو هذه الحقوق عليها، فلا تعارضها.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تلتزمها بإنفاذ تلك الحقوق، كى تتخذها قاعدة تطلق منها فى تصرفاتها.

خامساً: تفسير الدستور تفسيراً نهائياً معهود لجهة الرقابة القضائية على الشريعة الدستورية دون غيرها

٨٣- على أن القول بالحقوق الطبيعية للفرد، لا يعنى أن نصوص الدستور التى تنظمها تعتبر مهيأة بخصائصها لإنفاذ محتواها. ذلك أن جهة الرقابة على الدستورية هى التى تعطى هذه الحقوق معانيها وتحدد نطاق تطبيقها، وبمراعاة أن الطبيعة التمثيلية للسلطة التشريعية لا تجعلها مرجعاً نهائياً لتفسير الدستور. بل يجوز دوماً مطابقتها أمام جهة الرقابة القضائية غير المنتخبة التى لا تنأثر -من خلال وظائفها القضائية- عملاً سياسياً.

والحق أن كل تغيير فى المفاهيم الديمقراطية، يحمل فى ثناياه تغييراً فى أدواتها وطرائق التعبير عنها. ومن ثم كان للديمقراطية فى بعض ملامح تطورها، مفرداتها اللغوية كإبدالها الرعية

٢

(١) يشكك بعض الفقهاء فى هذه النتيجة. ويدلل عليها باحتراف المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن كل دعم لازم لحقوق الإنسان فى قضايا أصدرت فيها أحكاماً لا تشرف من بينها:

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856); United States v. Reese, 92 U.S. 214 (1876); United States v. Gruikshank, 92 U.S. 542 (1876); United States v. Harris, 106 U.S. 629 (1883); The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883); Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918); Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922); Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923); See also Edward S. Corwin, Court over Constitution (Princeton: Princeton University Press, 1938), pp. 85-128; Henry Steele Commager, "Judicial Review and Democracy." Virginia Quarterly Review 10 (1938): 417-28.

بالمواطن، وتفضيلها السيادة الوطنية على نظرية الحق الإلهي، وارتكازها إلى مفهوم العقد الاجتماعي بدلاً عن تحكم الملكية.

وفي مرحلة تالية، تغير شكل الجماعة وتركيبها من خلال جيق الانسراع العام وأحزابها السياسية، وإرساء مفهوم الديمقراطية الاشتراكية.

٨٤- وبإقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإن مفاهيم أخرى للديمقراطية تم تبويبها. فلم يعد البرلمان والقانون مهيمنا على مظاهر الحياة في بلد ما، وإنما صار لجهة الرقابة على الدستورية الحق في أن توفر لكل أقلية، ولحقوق الإنسان، الحماية اللازمة في مواجهة تسلط الأغلبية الحكومية وانحرافها، وأن تترك ولايتها هذه، إلى علو وسيادة الدستور. La prééminence de la Constitution.

وصح القول، بأن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا بقدر احترامه للدستور^(١).
 Le loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution
 والأفكار وتعددها، هو جوهر الديمقراطية^(٢).
 L'exigence du pluralisme des courants d'idées et
 d'opinion constitue le fondement de la démocratie
 وتلور إطاراً
 لديمقراطية وليدة تحدد جهة الرقابة على الدستورية ملامحها^(٣).

٨٥- ويبدو غريباً في إطار هذا التطور، أن يظل خصوم الرقابة القضائية على الدستورية حتى اليوم يرددون في مواقعهم حججاً عتيقة باهتة ليس لها من سواء. من بينها أن الرقابة على الدستورية غايتها أن تعمق جهة الرقابة على الدستورية من نفوذها من خلال فرضها لإرادتها على السلطة التشريعية، وإبطالها القانون الصادر عنها إذا ناقض الدستور، وأن استرقاء حقائق التاريخ يدل على أن هذه الجهة لم تعمل دوماً لمصلحة مواطنيها^(٤).

(١) C.C.85-196 D.C., 23 Aout 1985, R.p.70.

(٢) C.C.89-271 D.C., 11 Janvier 1990, R.p.21.

(٣) Dominique Rousseau, Op.cit, pp. 403-417.

(٤) Leonard W. Levy <<Judicial Review, History, and Democracy>> in Judicial Review and the Supreme Court, (New York: Harper & Row, 1967).

وفاتهم أن ولاية هذه الجهة مصدرها الدستور، وأن السلطة التشريعية لا تمثل الإرادة الوطنية إلا في الحدود المنصوص عليها فيه؛ ولها لا تحصر في كثير من الأحيان على أن تكون تشريعاتها موافقة لأحكامه. وإلا بما يكون سعيها متوخيا لإرضاء قطاع من المواطنين دون آخر، انزلاقا منها إلى أغوار سياسية لا تؤمن عواقبها.

ولئن كان من سلطاتها أن تفسر الدستور كي تصوغ تشريعاتها بما لا يجانبه، إلا أن سلطاتها هذه، لا يجوز أن تكون قولا فصلا تفرض به فهمها للدستور على سواها، وإلا كان تفسيرها للدستور نهائيا، عاصما تشريعاتها من كل جدل يمكن أن يثور حولها، ولو كان خروجها على الدستور بادياً من وجهها.

هذا فضلا عن أن لكل جهة قضائية عثراتها، وصلاحياتها للفصل في المعائل الدستورية، لا يستطعا خطأ بعض أحكامها. ولا يجوز أن يشكك هذا الخطأ في قدرتها على مباشرة ولايتها بما يصون لمواطنيها حقوقهم وحياتهم بصورة أفضل.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تفرض إرادتها على السلطة التشريعية، ولكنها تعلق الدستور عليها، خاصة وأن المواطنين لا يختارون أعضائها بناء على كفاءاتهم، وتميز قدراتهم في نطاق العملية التشريعية.

ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي يكون لها من تخصصها واستقلالها ما يدعم مباشرتها لوظائفها، ويحول دون إغواء قضائتها الذين يتم اختيارهم بحماية ملحوظة، فلا يكونون إلا أوصياء مخلصين على سلامة تطبيق الدستور؛ يؤكفون لحقوق كل مواطن وحياته، ضماناتها، ويناهضون القيود غير المبررة عليها؛ فلا يواجهون القضايا التي يفصلون فيها بصورة جامدة، بل في

إطار من المرونة الكافية^(١)، التي تجعل من دعمهم للحرية خاصة أساسية تميز نشاطهم^(٢)، خاصة حين تلقى السلطة التشريعية وراء ظهرها، ما هو خطير من المسائل التي تعدد إلى تجنبها^(٣).

مبادئ الديمقراطية تتلقى التسلط

٨٦- ولئن صح القول بأن الديمقراطية -على حد قول الرئيس الأمريكي لينكولن- لا تعنى تحررها من كل قيد عليها، ولا تسلط الأقلية^(٤)؛ فإن من الصحيح كذلك أن إرادة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية، لا يجوز أن تكون جوهر الديمقراطية، إلا بشرط مقبولة تصرفاتها. وتصرفاتها هذه، هي التي ترقبها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان اتصالها بمصالح المواطنين.

فلا يكون للرقابة التي تبشرها هذه الجهة من أثر غير ترشيد التقدير التشريعي وضمان استقراره. وهو ما يعنى أن أحكامها في المسائل الدستورية، تبلور فرصة ثالثة *second thought* تتبجحها هذه الجهة القضائية للسلطة التشريعية كي تصحح نفسها بما يكفل للديمقراطية اعتدالها واتساع قاعدتها وتعميق محتواها.

وغير صحيح بالتالي القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا يجوز أن تصدر أحكامها على ضوء مفاهيم مخالفة لتلك التي تبنتها الأغلبية البرلمانية. إذ لو جاز ذلك لكان وجود هذه الجهة بلا فائدة ترتجى منها.

(١) ضرب جون مارشال بعض الأمثلة في قضية، *Marbury V. Madison*, 5 U.S.137 (1802) مبررا بها مباشرة المحكمة العليا للرقابة على دستورية القوانين، من بينها فرض الضريبة على خلاف الدستور، وسريان القوانين الجنائية بأثر رجعي، *Ex post facto laws* وتقليص حق المواطن في الأمن.

(٢) Eugene Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 Harvard Law Review [December 1952, p.215].

(٣) أصدرت المحكمة الدستورية العليا أحكام كثيرة أبطلت بها بعض النصوص في القوانين التي تنظم الملكية بين الملك والمستأجر، وهو التنظيم الذي تجنبته السلطة التشريعية تحيله، بالنظر إلى حساسية هذه القوانين وتماسكها بمصالح جماهير عريضة من المستأجرين.

(٤) Abraham Lincoln "First Inaugural Address". in *The collected works of Abraham Lincoln*, ed. Ray. Basler, 9 vols, Rutgers University Press, 1953,4:268.

٨٧- غير أن أبرز أوجه النقد المعاصر لوجود جهة للرقابة القضائية على الدستورية، تتمثل في أن هذه الجهة لا تنحصر مهمتها في تكوين اعوجاج اتصل بقانون، وإنما لأن هذه الجهة -ومن خلال مباشرتها لولايتها- نحل محل السلطة التشريعية في تقديراتها، وتتزايد قوتها يوما بعد يوم، مع تراجع قوة الرأي العام وتضلل أهميته.

بل إن هذه الجهة صار بوسعها اليوم -ومن خلال تفسيرها للدستور- أن تنفذ إلى المظاهر المختلفة لحياة مواطنيها، وضد إرادتهم، أكثر من أي وقت مضى.

~~وهو ما دعا البعض إلى وصفها بأنها نوع من الإمبريالية القضائية^(١) تمنح القانون ولا تقصره^(٢) The law giver لثمة بيدها، وسيفها مسلط على غيرها؛ فلم تعد بعيدة عن مظاهر بأسها، ولا عن قدرتها على التدخل إيجابيا في المسائل التي تتناولها، واتخاذ قراراتها فيها دون بصير بنتائجها.~~

وقضائياتها فوق هذا غير مسئولين أمام أحد؛ فهم غير منتخبين؛ وتمتد ولايتهم إلى الأعم حتى نهاية أعمارهم؛ وروائهم العالية تؤمن احتياجاتهم جميعها، مما خولهم السلطة الكاملة التي يواجهون بها كل نشاط عام أو خاص، وفق الآراء التي يفصحون بها عن كلفة فهمهم للدستور.

وكان منطقيا بالتالي أن يدعو بعض المعلقين الجادين، إلى ضرورة أن تتحوط جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال قيود ذاتية تفرضها بنفسها على ممارستها لولايتها^(٣) وإن قال الناقدون لهذه الرقابة بأن مثل هذه الضوابط تظل من صنعها. ولا يتصور أن تصحح بذاتها قراراتها، ولا أن تتمحض عن صورة من صور مراجعتها.

(١) ومن ذلك ما قرره المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية من قواعد قانونية في شأن الفصل العنصري، وعقوبة الإعدام، والحقوق التي تشملها حرمة الحياة الخاصة، وحقوق المتهم، والدموى التوكيدية Affirmative action، والمسائل العرقية.

(٢) Max Farran, The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven: Yale University Press, 1966 ed volume 2, p.299.

(٣) Alexander Bickel, The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics (Indianapolis - Bobbs - Merrill, 1962).

٨٨- على أن أوجه النقد المتقدمة -مع اعترافنا بصحتها في كثير من جوانبها- لا تزال بعيدة عما نراه أسلوباً قويمياً في مجال تحديد الجهة التي تفصل في تطابق النصوص المطعون عليها مع الدستور.

ذلك أن تكوين هذه الجهة واختيار قضائها، مرتبط بدورها في مجال اتصال نصوص الدستور، بأعمال تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية مجاوزة بها حدود ولايتها.

سابعاً: الرقابة على الدستورية لا تتولاها إلا جهة قضائية

وكان ضرورياً بالتالي أن تكون هذه الجهة قضائية في تشكيلها، وأن يلبس وظائفها من خلال الخصومة القضائية، فلا يكون فصلها فيها إلا منحدرأ من حيثها واستقلالها عن السلطتين الأخريتين، بقصد تقويم ما قد يطرأ عليهما من عرج. فإذا كان موقفها من تطبيق الدستور دالاً على يقظتها، فليس ذلك عيباً يشينها.

ولا كذلك سلبيتها التي توهم علاقتها بمواطنيها، وتؤكد ضعفها أو تغافلها في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين تميلان إلى العدوان على حقوق المواطنين وحرياتهم.

والقول بأن ضوابط الرقابة الذاتية التي تفرضها هذه الجهة على نفسها، لا تعتبر كافية للحد من إساءتها في مباشرة وظائفها القضائية، مردود بأن الضوابط الذاتية التي تقيد جهة الرقابة القضائية نفسها بها، مردداً إلى طبيعتها القضائية لتعلقها بالكيفية التي تفصل بها في نزاع معين.

إذاً قبل بعدم كفايتها، فإن البديل عنها أحد أمرين:

أولهما: أن تتخلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، عن ولايتها بتمامها بما يعنيه ذلك من إطلاق سراح السلطتين التشريعية والتنفيذية من كل قيد.

وثانيهما: أن تحل هاتين السلطتين محلها في مباشرة مهمتها، أو أن ترقبانهما في كيفية ممارستها لوظائفها القضائية.

وليس ذلك كله غير إنهاء لهذه الرقابة عملاً وقانوناً. فلا تبقى على مسرح الحياة السياسية غير
سلطتين تسبذان بكل أمر، وتعصفان بكل حق، ليظهر الدستور كوثيقة جوفاء في معانيها ومقاصدها
وفي القيم التي تتوخى فرضها.

الفصل الخامس

الرقابة القضائية على الدستورية: مفترضاها

نفترض الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية خلفية مواتية تحيط بها، ونقطة انطلاق ترتكز عليها، وإطارا للعمل يدعم وظائفها، وتوكيدا لنهاية أحكامها.

المبحث الأول

الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية

٨٩- لا تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية ولايتها تشهيا أو عمالياً، ولكنها تعمل فقط على إخضاع الأعراف التي تباشر السلطة، للدستور.

ولأن هذه الرقابة يقتضيها الإيمان بها وبضرورتها، فإن بيئتها ترتبط بنوع وخصائص الديمقراطية التي تحيط بها وتتفاعل معها.

المطلب الأول

الدول الشمولية

٩٠- وكان منطقياً بالتالي ألا يكون لهذه الرقابة موطن قدم في الدول الشمولية للنسب تشكل مجتمعاتها^(١)، وتتلور القيم التي يختص بها، من خلال مفاهيم تستل بتحديد عناصرها، وأخصها نزعتها الأيدولوجية التي تفرضها على مواطنيها، وتدعوهم إلى الدفاع عنها، والقتال من أجلها.

وهي بعد دول لا تتمتع بأحزابها، ولا خياراتها. بل تكون مقابله الأمور جميعها -السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية والقانونية- بيد حزبها هي الذي يحدد لمواطنيها أولوياتهم، ويرسم دكراتهم، ويحدد حرياتهم، ويتدخل في أخص مظاهر حياتهم الشخصية، ويعزلهم عن كل صلة تربطهم بالخارج، وإن استأثر حواسهم من أجل دعم نظمها والدفاع عن عقيدتها، وحضهم على الإسهام بصورة جماعية في نشاطها، وهو يصنفهم بين مؤمن بمذاهبها، ومعارض لقيمتها.

(١) تناهض الدول الشمولية، الدول البرجوازية، وهي في اعتقادها تلك التي تحكم فيها ديكتاتورية القلة الرأسمالية لتباشر سطوتها على البروليتاريا التي تمثل الطبقات الكالحة.

ولأن حزبها منظم تنظيماً هرمياً وتسلطياً، قائماً على الاختيار الدقيق لعناصره، فإن حق الانضمام إليه لا يكون مكفولاً لكل مواطن، وإنما يقتصر هذا الحق على صفوة مختارة لها مزاياها وعليها واجباتها، وتتسم بالولاء المطلق لأيدولوجيتها التي يُحمل المواطنون على اعتناقها والالتزام بها في فصول دراسية لتعلمها An all-encompassing ideology، وإلا حق ردعهم من خلال الأجهزة الأمنية التي تتعقبهم، والوسائل القمعية التي تطارد بها الخارجين منهم على نظمها، فلا يكون ترويعهم إلا إرهاباً منظماً Organized Terror.

كذلك فإن احتكار الدول الشمولية وسائل الاتصال على اختلافها، مؤداة ألا يطرق مواطنوها أبوابها إلا بإذنها، لضمان صيغهم في قولها.

واستخدامها بمصادر الثروة في إقليمها، يوفر لقوتها عناصر بأسها. وسيطرتها الكاملة على أسلحتها ضرورة تقتضيها بنسبها، لضمان احتكار عناصر القوة بعبءها، وإسحق كل تمرد عليها، وردع كل إخلال بنظمها بصورة ماحقة لا تهاون فيها^(١).

المطلب الثاني

الدول السلطوية

٩١- ولا مكان كذلك للرقابة القضائية على الدستورية في الدول السلطوية التي تعتمد ناصبة الأمر فيها لفرد أو جماعة صغيرة تتخذ شكل أسرة أو طبقة اجتماعية، أو حزباً سياسياً وحيداً^(٢).

مثلاً هو الحال في كثير من الدول الأفريقية والآسيوية النامية التي كانت حركاتها من أجل الاستقلال موجهة ضد السلطة الاستعمارية؛ وشعاراتها تفويض بالأمل في حياة أفضل. وما أن حصلوا على استقلالهم حتى آل أمر الديمقراطية فيها سراباً.

(١) Michael G. Roskin - Robert L. Cord - James A. Medeiros and Walter S. Jones, POLITICAL SCIENCE, AN INTRODUCTION, fifth edition, pp 59- 72.

(٢) كان لويس الرابع عشر ملكاً لدولة سلطوية عندما قال عبارته المشهورة "أنا الدولة" كذلك كانت أبينانيا في عهد فرانكو مثلاً للدولة السلطوية ولم يكن لدى فرانكو ومؤيدوه أية أيدولوجية بديلة عن عنها، وكان التمسك قائماً في الصحافة والاقتصاد، ولكن في حدود ضيقة. أما الصين فتعتبر مثلاً للدولة الشمولية بسحقها الحركة الديمقراطية في عام ١٩٨٩.

ولم يحظ للتعليم فيها بدوره المتوقع. وتضائل دخلها كذلك بعد تراجع استثماراتها. وطحن الفقر والجوع معظم مواطنيها، وصرفهم السعى لضمان قوتهم، عن الضال من أجل حرياتهم السياسية.

ولم يكن اقتصادها كذلك قريباً من الثروة الصناعية، ولا حريصاً على الاتصال بأسبابها وأدواتها.

وأيضاً المواطنون وزن القليلة، وركزوا اهتمامهم على مصالحها أكثر من سعيهم لتكوين الثروة وضمان ثرائها.

ورج قلادة هذه الدول مقولة أن للتصديق بالديمقراطية، وما يصدر عنهم من أعمال يكتفوا بصحتها أن تكون مبلورة ما يتصورونه من وحيم كفافاً آمال مواطنيهم واحتياجاتهم. وليس لازماً بالتالي أن تكون هذه الأعمال معبرة عن إرادتهم في مجموعها.

وما يميز الدول السلطوية عن الدول الشمولية، هو أن أولاهما لا تتحكم في كل صور النشاط في مجتمعها، ولما يكون لديها أيديولوجية تناصرها وتروج لها.

كذلك يظل جانباً من المسائل العائلية والسياسية والاقتصادية والثقافية بيد مواطنيها. وهي فضلاً عما تقدم، لا يعطيها أن تكفل حريتهم، وحزبها الوحيد تكتزج مستوياته وتتصاعد، منتبهة جميعها إلى قيادة أسرة لشخص أو لجماعة لا تولى القيم الحرية والتوافق والتعاقد والعمل بصورة مقسدة، إلا دوراً ضئيلاً، شأنها في ذلك شأن بعض عناصر الديمقراطية التي قد تتسلح في وجودها. ذلك أن القيمة الأعلى للدول السلطوية، هي صون نظامها وتحقيق تماسكها من خلال ضمان الخضوع الكامل لها.

كذلك، فإن أكثر ما تتفاضل به النظم السلطوية على الشمولية، هو أن أولاهما يوسعها أن تصحح نفسها بنفسها؛ أما ثانيها فإن تصحيحها لنفسها قد يؤول إلى زوالها^(١).

(١) مثلاً حدث في الاتحاد السوفيتي الذي تصدح تماماً بعد أن حاول التخلص من الشيوعية، ولو بصورة تدريجية.

المطلب الثالث

أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي

٩٢- وقد تتحول النظم السلطوية من خلال اقتصاد السوق، وحسن استغلالها ثرواتها- إلى نظم ديمقراطية تدعمها الطبقة المتوسطة^(١) بعد تزايد حجمها وارتفاع مستوياتها التعليمية؛ وبذاتها الأفكار الديماجوجية أو التطرفية؛ ووعيتها بمصالحها وقدرتها على التعبير عنها؛ ولغساسها في مهنها وأعمالها؛ وسعيها لتنمية ثروتها الشخصية، ورصدها أخطاء حكومتها ومحاولتها تقويمها؛ وتلقيها من اقتصاد السوق معلوماتها عن ضرورة تسامحها مع خصومها، والإيمان بالتحديدية عملاً، والاعتماد على الجهود الذاتية لبناء وتطوير مجتمعها؛ مما يعيدها في النهاية على إيجاد صحافة نافذة، وضمان حق الاقتراع الحر والعام، وأن تكون الحزبية تحديدية بالضرورة.

المطلب الرابع

للنظم الديمقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية

٩٣- ولا ضمان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في مباشرتها لوظائفها إلا في النظم الديمقراطية التي تمتازت بحكوماتها بدعم الجماهير لها؛ وبالتنافس بين أحزابها السياسية؛ وتداول السلطة سواء في أشخاص من يتولونها؛ أو في القيم التي تؤسسها؛ وقراراتها التي تدعمها أغلبية تظاهرها؛ وبمجالسها الدنيوية القائمة على ضمان صفتها التمثيلية؛ ويحق مواطنها في صيانتها، ومقاومة أوامرها لرد طغيانها، أو لتقويم انحراقها؛ مع التسليم بتكافئهم في فرص الحياة السياسية^(٢)؛ وفي القيمة التي تعطيها الدولة لأرائهم؛ وفي إمكان ترويجها وضمان اتصالها بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وفي حيادها في مواجهة هذه الآراء؛ وفي موازنتها الحرية بالقيود المطلقة التي تضبط حركتها.

ولا يتصور بالتالي أن تبأثر جهة الرقابة على الدستورية ولايتها بصورة جادة في ظل نظم لا توافق الديمقراطية في ركائزها وصحيح بنيانها. وهو ما يتحقق بوجه خاص في دول لا تؤمن بأن للناس جميعهم حقوقاً ترتبط بأشخاصهم، ويقود ضمانها سلطاتها.

(١) للطبقة المتوسطة مصلحة أكيدة في دعم النظم الديمقراطية لأن مكاسبها ترتبط باستمرار هذه النظم.

(٢) من المؤكد أن المساواة السياسية بين المواطنين فيما يتعلق بالإسهام في الحكومة والتنافس من خلال الانتخاب على نقد الوظائف الحكومية، أمر نظري يفت إلى كثير من المال وإلى روابط عصرية أو صلات دينية.

وكذلك إذا لم تكن التعددية هي نقطة البداية في تنظيماتها السياسية والثقافية والفنية والثقافية والدينية؛ أو كان احتكارها الحقيقة تعبيراً عن آرائها الرسمية التي لا تتحول عنها، إنكاراً لحق خصومها في انتقادها. فلا تتلون مولفها بغير مصالحها الضيقة.

وكذلك الأمر كلما كان انفلاكها عن الاتصال بغيرها من الدول، أو حجبها وسائل النفاذ إلى معلوماتها، سياسة تلتزمها؛ وتمييزها بين الأحزاب في بلدها، منتهياً إلى تخطيها في شؤونها؛ وإعراضها عن تحقيق التوازن بين السلطة والحرية، أو بين القطاعين العام والخاص، أو بين حقوق مواطنيها وواجباتهم، لتجاهها ثبوتاً لها.

المبحث الثاني

نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٩٤- نحرص الدساتير المعاصرة على ضمان الحرية من خلال مدخلين:

أولهما: فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض. وثانيهما: مراقبة كل فرع للفرع الآخر بما يكفل التوازن بينها.

ذلك أن أكثر ما يهدد الحرية هو تدخل السلطين التشريعية والتنفيذية من خلال نصوص قانونية تال منها أو تنقذ من محتواها. ولم يكن منطقياً أن تظل هذه النصوص بعيدة عن شكل من أشكال المراجعة القضائية التي تقوم عليها جهة تستقل عن السلطين التشريعية والتنفيذية، كي تفصل من خلال الخصومة القضائية فيما يطرح عليها من طعون في شأن تلك النصوص لتقدر صوابها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور.

ولذلك هي المراجعة القضائية التي تختص بها جهة أولاها الدستور سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية جميعها، ومواءم كانت هذه النصوص في صحيح نكبيها القانوني، تعتبر تشريعا أصليا أو فرعيا؛ وسواء كان تصادمها مع قاعدة في الدستور، أو مع قاعدة ذات قيمة دستورية، ولا نص عليها في الدستور.

ومن ثم تكون القواعد المنصوص عليها في الدستور، وكذلك أية قاعدة أخرى في حكمها، كلفة حقوق الأفراد وحررياتهم. وإليها تحتم جهة الرقابة القضائية على الدستورية في إبطال النصوص للقانونية الأدنى مرتبة منها، أو تقرير صحتها.

ذلك إن الدستور قانون، وإن كان قانونا أساسيا Basic law يوازن الحرية بالقيود المنطقية التي يفرضها عليها، أو التي يحيل في شأن تحديدها إلى تشريع.

وهي بعد أيود لا يجوز للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تبسطها إسرافا أو تباهيا أو ترلخيا، أو حتى من خلال خطئها في تقدير المفاهيم التي يقوم الدستور عليها، وإلا صار تنظيم الحرية ذابعا عن غلواء السلطة وانحرافها عن مقاصدها.

بما مؤداه أن لنصوص الدستور -في أصول المعائل التي تنظمها وفروعها- الصادرة على ما دونها من القواعد القانونية.

٩٥- ومن غير المقبول بالتالي أن ننظر إلى نصوص الدستور، وكأنها مجرد قواعد توجيهية جردتها السلطة التأسيسية من خاصية الإلزام، ولحالتها إلى مسوخ شوهاء بغير قيمة، وليس لها فسي محيط الحياة القانونية أية آثار يمكن ترتيبها عليها^(١) It cannot be presumed that any provision in the Constitution is intended to be without effect شأن هذا القول شأن إدعاء تالكاف نصصوص الدستور فيما بينها، أو تخلفها عن مواجهة عصرها، كلاهما مقيم وغير مديد.

وكان لازماً بالتالي أن يرتبط إفذا نصوص الدستور بصرامة تطبيقها، وأن يكون الدستور هو القاعدة التي تنطلق منها الرقابة القضائية على الدستورية وترتكز عليها، سواء صح ما ادعاه بعض الفقهاء من أن هذه الرقابة تعود في جذورها التاريخية إلى بعض السوابق القضائية التي أنشأتها^(٢)، أم صح ما قرره آخرون من أن السوابق القضائية في شأن الرقابة القضائية على الدستورية، لا تكل على ترابطها فيما بينها، أو على وحدة اتجاهاتها، أو على مساندتها لهذه الرقابة وتوكيدها.

كذلك فإن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها ومخاطرها التي تدعو بعض الدول -والدامية منها بوجه خاص- إلى التردد في القبول بها. بل إن للدول التي تؤيدها مختلفة فيما بينها حول طبيعة الجهة التي تباشرها، وخصائص تكوينها وحدود ولايتها، وآثار أحكامها أو قراراتها.

إلا أن الحقيقة الثابتة -القانونية والواقعية- تشهد بأن هذه الرقابة -رأيا كان خصومها- تلغوض نفسها كضرورة لا نزاع في ثبوتها، لا لأن هذه الرقابة تحتم إلى قوانين الطبيعة، ولا إلى قوانين فوقها تعد إلهاء وإلهاء ولا إلى مفاهيم يقتضيها العدل والمنطق في صورة مجردة، ولا إلى وثائق دينية لها قداستها، وإنما هو الدستور -كملا بوثائق إعلان الحقوق التي يضمنها في صلبه إذا أحال إليها في ديباجته- تحتم إليه جهة الرقابة على الدستورية، لتعطي للنصوص الوضعية التي تضمنها على مسا سواها.

(١) Marbury v. Madison 1 Cranch (U.S) 137 [1803].

(٢) من بين السوابق التي تكثر الإشارة إليها، ما قرره لورد Coke في قضية Dr. Bonham حيث يقول:

In many cases the common law will control acts of the parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of parliament is against common rights and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such an act to be void. (1610) 8 Co. II3b. II8a, 77 ER.646, 652.

ولا ينصور بالتالى فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أن تتعدّد السيادة للقانون بمعنى الكلمة؛ ولا أن يكون إبطاله بحكم تصدره جهة الرقابة على الدستورية، دالا على علوها على السلطة التشريعية أو حطها من كرامتها؛ ولا أن يكون المفوض فى مباشرة اختصاص ما، أصيلا فى مجال الفصل فى مجاوزة حدوده؛ ولا أن تكون مباشرة السلطة انحرفاً عن ضوابط ولايتها؛ ولا تغليباً لامتيازاتها على حدود مسؤوليتها؛ ولا فصلاً لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن ضماناتها.

فذلك كله مما لا يأذن للدستور به أو يرخّص فيه.

وكان منطقياً أن يقوم الدستور جهة قضائية تتولى بنفسها -ومن خلال الخصومة القضائية- مهمة فرض أحكامها على المخاطبين بها. فلا يكون الدستور -وكذلك كل وثيقة أخرى لها قوته أو قيمة مبادئه- غير مرجعها الوحيد فى مجال الفصل فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها.

ومن ثم تستقل جهة الرقابة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ فلا هى بجهة سياسية فى تكوينها ووظائفها، ولا هى فرع من السلطة التشريعية أو التنفيذية. وإنما يكون لجهة الرقابة القضائية إجراءاتها وضماناتها، وأخصها حيديتها واستقلالها، سواء كانت رقابتها مقصورة على الفصل فى دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها وجريان آثارها فى شأن المخاطبين بها؛ أم كان منوط رقابتها ممثلاً فى النصوص القانونية بعد تطبيقها، وهو ما يفترض نشرها فى الجريدة الرسمية، وبده المبدأ المحدد لمبدأها.

وسواء نظم للدستور جهة الرقابة القضائية بوصفها هيئة قائمة بذاتها تنحصر الرقابة القضائية فى يدها؛ أم عند أمرها بالمحكمة الأعلى فى بلده من خلال سلطتها الاستئنافية التى تباشرها على المحاكم الأدنى منها؛ فإن للخصومة الدستورية لا تنحصر إلا على ضوء أحكام الدستور بوصفه وثيقة مصدرها هيئة تمثل أمناً بصورة أصق وأشمل، وعلى وجه أكثر توثيقاً من السلطة التشريعية ويمثلها.

٩٦- ولأزم ما تقدم، أن يكون الرقابة القضائية على الدستورية، مفترضها ممثلاً فى دستور مدون جامد، فلا يُحتكم لسواه^(١) تقديراً بأن نصوص هذا الدستور هى التى تحدد بصورة لا تجهيل فيها- قواعد تقاسم السلطة وتوزيعها بين الأفرع التى تباشرها، ونطاق حقوق الأفراد وحرياتهم.

(١) يأخذ حكم الدستور، بالنصوص التى لها أهمية دستورية ولو لم يكن الدستور قد لحال إليها فى ديباجته.

كذلك لا يجوز الخلط بين جمود الدساتير من ناحية، وضرورة تطويرها من جهة أخرى. ذلك أن الدستور، وإن كان وثيقة لها خطرهما بتوخى تحقيق نوع من التوازن في الحقوق التي يكفلها لكل سلطة، وفيما يجوز لها أن تقيد من حقوق المواطنين وحرياتهم؛ إلا أن الدستور يظل وثيقة لا يرتبط تطبيقها بزمان معين. وإنما يكون سريانها وبقاؤها مشروطا بقدرتها على الصمود عند انتقال الجماعة من طور إلى آخر تتحول فيه قيمها واحتياجاتها، فلا تبقى على حالها، وإنما يصيبها التغيير في الجليل أو كثير من جوانبها^(١).

ويظل توفيق الدستور مع أوضاع الجماعة التي يعيشها مطلوباً، ولو كان مرناً. وإن صح القول بأن الدساتير المرنة يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التي تعدل بها القوانين التي تقرها. ولا تقوم بالتالي ضرورة لتطوير دستور يجوز أن تفسره السلطة التشريعية بإجراءاتها المعتادة، سواء ورد التعديل على بعض جوانبها، أو تناول تغيير بنيانها بصفة جوهرية.

ولا كذلك الدساتير الجامدة التي لا يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التي تعدل بها تشريعاتها. وإنما يتعين إجراء هذا التعديل على ضوء قواعد أكثر صرامة من تلك التي تلزمها السلطة التشريعية في تعديلها لتشريعاتها.

وذلك هو الجمود في الدستور. وهو جمود لا تقرره إلا هيئة أعلى خرج الدستور من صلبها، وتسمو بمنزلتها على السلاطين التشريعية والتنفيذية المعترتان من خلقها وتأسيسها.

ولا شأن بالتالي لجمود الدستور، بالطبيعة النوعية لقواعده، ولا بمضمونها. ذلك إن نصصوص الدستور -ولو لم تكن لها طبيعة القواعد الدستورية بمعنى الكلمة^(٢)- تظل جامدة إذا أحاطها الدستور بضمانة تحول دون تعديلها وفق القواعد الإجرائية التي تعدل بها السلطة التشريعية قوانينها.

(١) Kamper v. Hawkins, 1 Virginia Cases 20, 38 (1793).

أنظر كذلك ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية McCulloch V. Maryland 17 U.S. 4 Wheaton 316. (1819) حيث جاء في الحكم الصادر فيها ما يأتي:

"It is a constitution which we are expounding, but the constitution was intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs".

(٢) قررت المحكمة الدستورية العليا في مجال تعريفها بالقوانين المكملة للدستور، أن هذه القوانين هي التي تتناول في مادتها، القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأغلبية وثيقة دستورية، والتي يتعين حتى يكون التنظيم التشريعي مكملاً لها أن يكون منفصلاً لحكمها، كالقواعد المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يخل بمبادئها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة. ولا كذلك للقانون الذي يحدد أحوال فصل الموظفين بغير الطريق التقليدي أو الذي يصدر في شأن الخدمة العامة.

"مختوزية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية" جلسة ١٥ مايو ١٩٩٢ طاعة رقم ٢٢/٢١/٣/٤/٥ - ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء الخامس من المجلد الأول من أحكامها.

٩٧- كذلك تختلف عملية تطوير الدستور، عن السلطة التي تملكها جهة الرقابة على للدستورية في مجال فهمها للواقعة المتنازع عليها، والنظر في القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها انتقالاتا بها من صورتها المجردة، إلى تطبيقاتها العملية في حالة بذاتها بيلورها نطق الخصومة المطروحة عليها.

وإنما يحل تطوير الدستور إلى عملية خلق وإبداع لا يفترض ثبات نصوص الدستور في معانيها. ولا فهمها بصورة واحدة في أزمان مختلفة. ذلك أن تطوير الدستور عملية متجددة تجد مصدرها في الأوضاع القائمة في لحظة زمنية بعينها، وضرورة مواجهتها بالحلل التي ثلاثتها. فذلك هو الضمان النهائي لحيوية الدستور وقدرته على الصمود، وتحقيق مصالح مختلفة لأجيال متعاقبة. وبظل تطوير الدستور عملية منطقية تفترض وجود علاقة من نوع ما بين نصوص الدستور والمعاني التي أعطتها لها جهة الرقابة القضائية على الدستورية^(١) وهو ما لا يتحقق بانتزاع هذه الجهة لقم يستحيل ربطها بنصوص الدستور؛ أو عن طريق فرضها لتصوراتها الشخصية على نزاع مطروح عليها بما يضعها في مركز المشرع الأعلى^(٢) Superlegislature.

ويظل تطوير الدستور مطلوباً في حدوده المنطقية، وضرورياً في الدساتير الجامدة بالنظر إلى القيود الإجرائية للباهظة التي تحيط بتعديلها، بما يصير إجراء هذا التعديل في الأعم من الأحوال.

(١) لنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 520 (1965).

حيث يقول:

"Judicial creativity is essential to constitutional interpretation, but as Justice Hugo Black, dissenting in Griswold, warned, 'unbounded judicial [creativity] would make of this Court's members a day-to-day constitutional convention'".

(٢) لنظر الرأي المخالف للقاضي Holmes في قضية:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

وكذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663, 678 (1966).

"When a 'political theory' embodied in our Constitution becomes outdated, it seems to me that a majority of the nine members of this Court are not only without constitutional power but are far less qualified to choose a new constitutional political theory than the people of this country"

ولئن صح القول بأن الدستور هو الركيزة التي تنطلق منها جهة الرقابة القضائية على الدستورية فيما تفصل فيه من مطابقة النصوص المطعون عليها للدستور، إلا أن لهذه الجهة أن تستهضى في مجال تفسيره كافة الحقائق التاريخية، وأن تعد إلى فهمه بالاستهداء بغير الحقائق التاريخية من المصادر، كالسوابق القضائية بقدر تطابقها بالأزاع المعروض عليها، وإن ظل محظوراً أن تكون رؤيتها للدستور تصوراً شخصياً من جانبها. ما لم يكن هذا التصور متصلاً بمواجهة تغيير هام طرأ على الجماعة^(١).

(١) W.J.Brennan, Jr. "Inside View of the High Court". New York Times Magazine 36 (6 October 1963): See also I. Kaufman, Remarks. "The Courts in Peril" The Palm Beach Round Table, 3-4 (10 February 1983).

المبحث الثالث

الإطار الذى تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

٩٨- فإذا استقام لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، اختصاص الفصل فى دستورية القوانين، فإن ديناميكية نشاطها ترتبط بعدد من العوامل أهمها درجة استقلالها، وحدود ولايتها، والقيود على ممارستها، وكيفية مباشرتها لوظيفتها القضائية عملاً.

فليس منصوراً أن يكون دور هذه الجهة فاعلاً فى مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذا كان كيانها تابعاً لجهة حكومية توجهها وتحدد لها ما تفعل.

وإنما يتعين أن تكون جهة الرقابة القضائية، قائمة بذاتها، وإن دل العمل على تدخل السلطين التشريعية والتنفيذية فى تشكيلها لتطبعها بتوجهاتها.

ولا يجوز للدستور أن يكل إلى المشرع تحديد نطاق ولايتها ليومعها أو يضييقها وفق ما يراه. ذلك أن تركها فى يده، مؤداه أن يستلج ببيان حدودها، وأن ينقض عليها إن أراد فلا يتوالى لجهة الرقابة القضائية ضمانه استقلالها عن السلطين التشريعية والتنفيذية. وقد تغير السلطة التشريعية من عدد قضاء هذه الجهة -إذا لم يكن الدستور قد حدده- بقصد التأثير فى قراراتها^(١).

ولا يجوز فى أية حال أن يعامل قضاتها بوصفهم من موظفى الحكومة العاملين فى خدمتها؛ ولا أن تنقرر مرتباتهم بصفة شخصية؛ ولا أن تنزل بها السلطة التشريعية عن الحدود الدنيا لاحتياجاتهم؛ ولا أن تتحكم هذه السلطة فى ميزانية جهة الرقابة القضائية^(٢)؛ ولا أن يقرر المشرع إنهاء خدمتهم بالرغم من صلاحيتهم وحسن سلوكهم^(٣).

(١) Robert H. Jackson, "The Supreme Court in the American System of Government". Views from the Bench, 1990, printed in India, New Delhi, p.20.

(٢) بالرغم مما تلص عليه المادة ٥٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن لها موازنة مستقلة تحد على لى الموزنة العامة للدولة، إلا أن وزارة المالية لها الكلمة النهائية فى شأن الأموال التى ترصد فيها، وهو ما يزل من استقلال المحكمة ويقوى قبضة السلطة التنفيذية عليها.

(٣) يظل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى مناصبهم حتى موتهم ما برحوا حنى السمعة، كذلك فإن مرتباتهم تكال لهم حياة كريمة ولا يجوز خفضها.

فذلك كله مما يعين السلطتين التشريعية والتنفيذية على إخضاعهم لضغوط تؤثر في عملهم، خاصة من خلال إغوائهم بالمزايا التي يستطيعون الحصول عليها فيما لو تضاعل دورهم، أو همّد نشاطهم.

كذلك فإنه مما يناهض استقلال جهة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أن يعهد إليها بأعمال لا شأن لها بالوظيفة القضائية التي تتولاها. كأن نلّز برصد محادثة تليفونية أو أن تقدم لجهة إدارية -وبناء على طلبها- آراء استشارية تهيئها لها، أو أن نتصل في غير خصومة قضائية بـتغيير تقابلاً وتناقضاً حاداً بين مصالح أطرافها.

ويعتبر تعدياً على جهة الرقابة على الدستورية، مخالفاً لاستقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، تدخل إحداها في تنفيذ أحكامها، سواء من خلال تحويل مضمونها، أو إسقاط جوبتها، أو عن طريق إرجاء إعمال الآثار القانونية المترتبة عليها.

ذلك أن عوائل التنفيذ هذه إما تحول بمضمونها أو أبعادها، دون اكتمال مداه، فلا تتصل حلقته ببعضها، ولا تتضمن فيما بينها، ليفقد الحكم جدواه من خلال تعطيل جريان آثاره بتماسها دون نقصان.

وعوائل التنفيذ هذه، هي التي حرص قانون المحكمة الدستورية العليا بنص مادته الخمسين، على هدمها، وإنهاء الآثار القانونية التي أحدثتها، لضمان العودة بالتنفيذ إلى حالته السابقة على نشوئها، ولو كان مصدر هذه العوائل قانون لكرته السلطة التشريعية، ينال من التنفيذ في حقيقته ومضمونه، ويعطل البدء فيه، أو استكمال بدليته^(١).

وفي مواجهة هذه العوائل جميعها، يكون بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، السلطة الكاملة التي تزيلها بها. فلا يصير لها بعد تدخلها -ومن خلال منازعة التنفيذ التي يطرحها عليها كل ذي شأن فيه- من وجود، على أن يكون مفهوماً أن هدمها لهذه العوائل يتخذ إحدى صورتين:

(١) "مستورية عليا" للقضية رقم ٦ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤- للمساعدة رقم ١/٦ من

٨٢٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

أولاهما: أن يتمثل عائق التنفيذ في قرار صدر عن جهة إدارية. وعندئذ ينعدم هذا القرار ويعامل باعتباره مجرد عقبة مادية لا تولد آثاراً قانونية. ولكل ذي شأن أن يتجاهلها وأن يدفعها بما يراه من التدابير. ذلك أن العلم بنقض الوجود. ويستحيل إحياء العلم من جديد، إذ المساقط لا يعود.

ثانيهما: أن يكون هذا المعلق قد نجم عن قانون صدر عن السلطة التشريعية، وعندئذ تبطل المحكمة الدستورية العليا هذا القانون لخروجه على ضوابط الشرعية الدستورية، وأخصها خضوع الدولة بكامل بتنظيماتها للقانون بمعناه العام على ما تقرره المادة ٦٥ من الدستور.

ويؤيده كذلك أن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، مردها إلى نص المادة ١٧٥ من الدستور.

فإذا عطل المشرع تنفيذ أحكامها -رحمتها متعدياً إلى الناس كافة- وإلى السلطة بكل تنظيماتها- دل ذلك على إفراغ ولايتها من مضمونها^(١) بما يخل بحقيقة أن نصوص الدستور هي التي تكفل الحقوق التي نصونها، ضماناتها العملية، وإلا صار الدستور وثيقة جوفاء، قائمة بالولها.

وتبدو هذه الحقيقة أكثر ما تكون وضوحاً في الدول الفيدرالية التي تقوم فيها محكمة عليا فيدرالية ووحيدة، تعمل -من خلال أحكامها- على تحقيق التوازن الدقيق بين اختصاصات الاتحاد ووحداته الإقليمية. فإذا دهمته أو شوهته السلطة الاتحادية هي أو ولاياتها، اختل هذا التوازن، بما يهدد كيان الاتحاد إلى حد انفرط عقده.

٩٩- كذلك فإن لجهة الرقابة على الدستورية، أسلوباً للعمل يصون سرية مداولاتها التي تحيط بكل القضايا المعروضة عليها، ما لم يكن من اختصاص هذه الجهة أن تتحد بنفسها ما تنظره منها
To decide what to be decided.

(١) أحياناً يستحق الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية حتى في الدول العريقة في ديموقراطيتها، فقد اعترض الرئيس الأمريكي جاكسون على حكم لم يعجبه صدر عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، فقال مخاطباً رئيسها جون مارشال ومتهكماً: لقد اتخذ مارشال قراراً، وعليه الآن أن ينفذه.

"Marshall has made his decision . - now let him enforce it".

وهي في كل حال لا تنفصل من منظور مجرد في نزاع تقرر السير فيه، ولا بما يناقض وحدة الجماعة واستقرارها. وليس بوسعها أن تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يخرجها عن معانيها الواضحة، في إطار مبالغها، وعلى ضوء موضوعها، ووفق أغراضها.

ومعانيها هذه هي التي تحدد حقيقة النصوص المطعون عليها ووجهتها^(١)، فلا يجوز تحريفها.

يؤيد هذا النظر، أن الكلمة للوحدة يستحيل أن يحملها العقل على معنى واحد في كل الفروض^(٢).

وينبغي بالتالي في مجال تفسير النصوص القانونية المطعون عليها سعي إلى الأخص إذا شابهها غموض في بعض جوانبها أو لحاظها في كل أجزائها- الرجوع إلى مضابط السلطة التشريعية، وإلى أقوال أعضائها، وشهادة الخبراء الذين استدعيتهم في لجان الاستماع، وكذلك إلى الحقائق التاريخية، خاصة وأن هذه الوثائق جميعها قد تقدم إجابة من نوع ما على فروض لم يتوقعها المشرع، أو يأخذها في اعتباره، بما يجعل هذه الفروض مسائل مسكونة عن تنظيمها.

١٠٠- ويلاحظ كذلك أن قراءة النصوص القانونية، مسألة مختلفة من كل الوجوه عن إعادة كتابتها.

كذلك فإن قراءتها، قد تتل على أن ما هو مدون فيها، يناقض روحها ونوايا المشرع في شأنها^(٣).

وإخضاع النصوص القانونية المطعون عليها في مجال تفسيرها لضوابط منطقية، حقيقة قانونية لا نزاع فيها. ويندرج في إطار هذه الضوابط:

أولاً: أن القانون الباطل لا ينقلب صحيحاً لمجرد قدم العهد على تطبيقه.

(١) Oliver.W.Holmes "The Theory of Legal Interpretation", in Collected Legal Papers 207 (New York: Harcourt, Brace 1920).

حيث يقول:

"We do not inquire what the legislature meant, we ask only what the Statute means".

(٢) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 wheat) 316,314 (1819).

(٣) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 139,201 (1979).

ثانياً: أن عناصر خارجية ينبغي الاعتماد عليها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، من بينها الأوضاع القاهرة التي أحاطتها عند صدورها.

ثالثاً: أن إبطال بعض أجزاء القانون، لا يفيد بالضرورة إنهاء العمل بباقيه.

وإنما يجب فصل النصوص التي أبطلتها جهة الرقابة القضائية عن سواها من أجزاء القانون، وتطبيق باقيها على الفروض التي توجبها، بشرط ألا يكون المشرع قد نظر إلى أحكام القانون جميعها باعتبارها ولغة في إطار وحدة عضوية لا تنقسم مكوناتها، وألا يكون منافيًا لحكم العقل تطبيق ما بقي من نصوصه بعد إبطال أجزائه المناقضة للدستور.

رابعاً: أن القيود التي تحد بها السلطة التشريعية من ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية بما يخرج عن حدود تنظيمها، تكون عديمة الأثر قانوناً. وليس لها كذلك أن تمنعها من تطبيق قانون في نزاع معروض عليها، أو من الفصل في دستوريته، إلا بناء على نص في الدستور.

خامساً: أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لا يجوز أن تتسامح في القيود التي يفرضها المشرع على الحرية، إلا بقدر ضرورتها، وتوافقها مع القيود التي تقابلها، والمعمول بها في الدول الديمقراطية الحرة.

سادساً: أن النصوص القانونية ينبغي أن ترتبط عقلاً بالأغراض التي تتوخاها، بما يكفل لهذه النصوص -كوسائل- اتخاذها المشرع -تحقيق الأغراض التي استهدفتها.

سابعاً: أن الإجماع ليس مطلوباً في قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، إذ الأصل هو أن تنقسم آراء قضاتها بين مؤيد ومعارض لخالبيتهم، وأن يكون موقفهم من حكمها إما الحيازاً لمنطوقه والدعائم التي قام عليها؛ وإما استقلالاً عنها بما يعارضها كلية، أو يوافقها في بعض أجزائها.

ثامناً: يفترض في النصوص القانونية المطعون عليها موافقتها للدستور، وهو ما يقتضي تفسير هذه النصوص -ربقدر الإمكان- بما يجنبها مناقضة أحكامه.

بيد أن هذا الافتراض لا يؤخذ به على إطلاق، بل يتعين حصره في نصوص الدستور التي تنظم تقسيم السلطة وتوزيعها، دون حقوق الأفراد وحررياتهم التي يعامل كل عدوان تشريعي جسم

عليها باعتباره مشتبهاً فيه، مقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تقييد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة قاهرة، وبأقل الوسائل لإخلالاً بها^(١).

١٠١- والأصل في جهة الرقابة على الدستورية، هو أن تبدأ مدولاتها بعد أن يقوم رئيسها بعرض الواقعة النزاع ويعلن حكم القلائون بشأنها بصورة مبدئية، ثم يليه بعد ذلك الأقدم فالأقدم من قضاة هذه الجهة.

وبانتهاء هذه المرحلة التي تتناول عرض القضية المطروحة من جوانبها الواقعية والقانونية، بدلى القضاة بأصولاتهم بدءاً من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، حتى لا يتأثر الأحثيون في إبدائهم لأرائهم بوجهة نظر الأقدمين، وإن كان ذلك مشكوكاً فيه إلى حد كبير، على تقدير أن من المفترض في الأقدمين أنهم المصححون عن توجهاتهم في المرحلة الأولى من مدولاتهم، بل إنهم قد يتخلون في مرحلة الاقتراح قبل اكتمالها، بإبدائهم لوجهة نظر يرون صوابها بما يؤثر على الأحثين.

ولا مخرج من هذه الصعوبة إلا قيام جهة الرقابة على الدستورية بإجراء مدولاتها في مرحلة واحدة يندمج فيها عرض ولقمة النزاع وشرحها، بالاقتراح على حكم الدستور في شأنها، لا من رئيسها ثم الأقدم فالأقدم من قضائتها. بل من أحدثهم صعوداً إلى أقدمهم، وهو ما عليه العمل في المحكمة الدستورية العليا.

وبانتهاء المدولة في القضية المعروضة، يقوم عضو جهة الرقابة بإعداد مشروع حكم يبلور فيه وجهة نظر الأغلبية، بعد أن يكون رئيس هذه الجهة قد أحال إليه القضية التي يتعلق بها هذا المشروع.

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الشأن، هو وجود نظامين لتوزيع القضايا:

أحدهما: أن يوزع رئيس جهة الرقابة القضائية على الدستورية القضايا على أعضائها قبل إجراء أية مدولة في شأنها. وعندئذ يصبح هذا العضو مقراً للقضية التي أحالها إليه رئيس هذه الجهة. فلا تبدأ مدولاتها بين أعضائها إلا بعد أن يعرض المقرر ولقمة النزاع، بجوانبها المختلفة مع

(١) Gerald- A. Beaudoin. "La Constitution du Canada", 2e tirage revise 1991, p.164-166, 170.

تصور مبدئى لحكم القانون بشأنها. ثم يقوم كل عضو -بدءا من أحدثهم ولانتهاء بأقدمهم، بإبداء وجهة نظره الواقعية والقانونية- فى النزاع المطروح^(١).

وثانيهما: أن يقوم رئيس جهة الرقابة على الدستورية -وبعد انتهاء مدلولاتها المبدئية- بتوزيع كل قضية على من يختاره من أعضائها.

وفضل هذه الطريقة على الطريقة الأولى، هو أن عملية التوزيع فى الطريقة الثانية لا يجريها الرئيس إلا بعد وقوفه على آراء الأعضاء جميعهم، وتعرفه على من يكون من بينهم أكثر قدرة على إعداد مشروع الحكم من زاوية معلوماته الأعرق، أو توجهاته الأقرب من صورة النزاع وحقيقته. فلا يكون الاختيار إلا للكثير على تكوين مسودة الحكم فى صورتها الأولى.

وينعكس ذلك بالضرورة على عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية؛ وعلى الدور الذى يلعبه رئيسها فى مجال تشييطها. وهو دور يظهر بوضوح متى اختار الرئيس قاضيا من الأغلبية يكون أكثر اقترابا من الأقلية فى وجهة نظرها، حتى يحصل على توافق فى الآراء حول الصيغة النهائية لمشروع الحكم قبل صدوره.

وقد يختار الرئيس أن يعد هو مسودة مشروع الحكم فى القضايا الحيوية، أو التى تعتبر علامة بارزة فى اتجاه تعميق دور المحكمة.

وفيما عدا هذا الاستثناء، فإن القاضى الموزعة عليه القضية، هو الذى يقوم بتكوين مشروع الحكم الصادر فيها، بإذلا فى ذلك كل جهده بالتعاون مع معاونيه فى بعض النظم، ومنفردا فى نظم أخرى^(٢).

ثم يعرض هذا المشروع فى صورته المبدئية على القضاة جميعهم. ويعتبر هذا العرض محوريا فى مجال تحديد الصورة النهائية للدعائم التى يقوم عليها الحكم. ذلك إن القضاة -رمن خلال سيرهم لهذا المشروع واستشرافهم أبعاده- قد يغيرون من أصواتهم، وينحازون لفريق دون آخر. فلا تكون

(١) هذه الطريقة هى المعمول بها فى المحكمة الدستورية العليا.

(٢) فى الولايات المتحدة الأمريكية يد القاضى المشروع المبدئى لمسودة الحكم بالتعاون مع من يتبعه من المتخصصين فى علم القانون العاملين فى مكتبه Law Clerks. ولا وجود لمثل هذا النظام فى مصر.

موافقهم فى صورتها النهائية، خير طرح جديد لموضوع النزاع، على نحو يودى إلى انقسامهم وتبعثر أصواتهم، أو إلى تكتلهم من جديد فى اتجاه دون آخر.

وهو ما يعنى أن القضاة قبل أن يتخذوا قرارا نهائيا فى مشروع الحكم المعروض عليهم، يتبادلون الآراء فيما بينهم حتى فى أحاديثهم التليفونية أو الجانبية أو عن طريق أوراق يتبادلونها فيما بينهم، أو على مؤائد الطعام التى تجمعهم، أو تضم فريقا منهم.

ومنهم من يعرض أكثر من تعديل على مشروع الحكم، أو يقترح صياغة جديدة أكثر من مرة حتى يظهر فى الصورة النهائية التى يوافق للقضاة عليها^(١).

وكثيرا ما يقضى مشروع الحكم من خلال تقليبه على أوجهه المختلفة فيما بين القضاة الذين يحصونه، إلى تحول أصواتهم وانقلابها، وإلى نهال الأغلبية والأقلية لموقعيهما.

بل إن للقاضى المعهود إليه بإعداد مشروع الحكم، قد بلغت نظر زملائه إلى أوجه الخطأ فيه، ويعرض عليهم نواحي هذا الخطأ مرفقا بها تصوره الجديد لمشروع بديل. فإذا اتفروا، كان ذلك هو الحكم النهائى فى الدعوى.

وفى ذلك مؤشر واضح على الضغوط النفسية التى يتعرض لها القاضى الذى يعد مشروع الحكم. إذ عليه أن يصوغ هذا المشروع بطريقة تعبر بدقة عما قصدته الأغلبية حقاً وصدقا، وأن يكون كافيا - فى الدعايم التى يقوم عليها - لقبولها به.

وسعى فى ذلك يدل على الإستراتيجية التى يختلها فى مجال إقناعهم بوجهه نظره. وهو يخاطبهم جميعا وكأنه يرقص كالمقاتلين بسيفهم، كى يصل إلى نتيجة يؤيدونها دون أن تصيبه نصالهم. فلا يكون المشروع النهائى للحكم، إلا ثمرة توازن دقيق بين وجهات نظر مختلفة، تؤيدها دعائم كافية للحكم يكون مدخلها تقاضا مضنيا، أو حتى المساومة أحيانا.

ولا كذلك القضاة الذين يدونون آراء منفصلة - موفقة أو معارضة للأغلبية - تلك إنهم لا يتحدثون باسم المحكمة.

(١) W.Brennan, Jr., "State Court Decisions and the Supreme Court" Pensylvania Bar Association Quarterly, 405 (1960).

وبينما ينصح المعارضون للأغلبية عن رأيهم في الإطلاق، فإن القاضي الذى يعبر عن وجهه نظر الأغلبية، كثيراً ما يكون حريصاً، يعطى لكل كلمة تضمنها الحكم وزناً، نائياً بها عن احتمال تعدد تأويلاتها. فلا تكون الكلمة إلا في سياق عبارة تتصل بها. ولا تكون العبارة فى مجملها إلا تعبيراً متكاملًا عن حقيقة المقصود بها.

وليس لهذا القاضي بالتالى، أن يعطى تصورا عما ينبغي لجهة الرقابة على الدستورية أن تحذوه مستقبلاً، وإن كان ذلك هو ما ينحاه المخالفون للأغلبية، الذين يتصورون غالباً أن آرائهم تهلور الحقيقة التى نقضها الحكم الذى خالفوه، وأن جهة الرقابة على الدستورية لابد أن تعدل يوماً عن خطئها السابق.

وهم إذ يظنون مخالفتهم لراى الأغلبية قبل أن يصدر به الحكم، فإنهم ينتقدون هذه الأغلبية فى واقع الأمر.

وقد يكون جهرم بأنهم يعارضونها، بمثابة تهديد للأغلبية يحملها على أن تصوع حكمها فى حدود ضيقة تحد بها من اتساع عباراته، أو تخفض من لهجتها ونبرتها، بما مؤده أن توزيع مسودة مشروع الحكم على القضاة فى مجموعهم، ينير الطريق إلى بلورة لحد لآرائهم، وإلى دعائم لوثق لحمل الحكم عليها، وإلى اختيار العبارة الأدق لضبط معانيه، وإلى التكرير على صورته الإجمالية، كى يكون أكثر إقناعاً وحسماً.

١٠٢- وفى إطار هذه المنظومة المتكاملة لعملية اتخاذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية لقراراتها -النانمة عن قدرة على إجراء الحوار، ورغبة صادقة من القضاة فى النظر فى الدعائم التى يقوم عليها المشروع، وتقريبها من وجهة نظرهم، ومحاولة تحليلها قدر استطاعتهم، ليكون الحكم النهائى أكثر تعبيراً عن آراء متوافقة متوازنة- لا يكون دور رئيسها جانبياً، وإنما يظهر بين رملائه كرمز للجهة القضائية التى يرأسها، The Tituler Head. فهو يعد جدول القضايا التى تقارها، ويبدو مدولاتها، ويتصدر جلساتها، ويقود الحوار فى النقاط التى يدور الجدل من حولها. وهو -كما يبرر زملائه- الأول بين نظراء A First Among Equals، والأكثر اتصالاً بالجهة القضائية التى يرأسها باعتبارها متولياً أدق شئونها، كافلاً تكاملها فى إدارة مهامها. واتخاذ ما هو هام من قراراتها، مؤتمراً فى اتجاهاتها. وعلى ضوء شخصيته وقوته وتميره، يتحدد لهذه الجهة طريقها سلباً أو إيجاباً، فلا

تتطبع عليها غير صورته في عزمها ولينها؛ في انطلاقها وترجعها؛ في حيويتها وخفوتها؛ في نهوضها وكبوتها.

١٠٣- وتوازن جهة الرقابة على الدستورية بين طبيعة المسائل التي تنظرها وتعتقد من جهة؛ وضرورة نظرها بما يجنبها بيروقراطية الفصل فيها من ناحية ثانية.

ذلك إن تقدير هذه الجهة وعلو مكانتها، مرتبط بكفائتها في إنجاز عملها؛ وبقدرتها على حسم المسائل التي تعرض عليها دون تردد، خاصة ما يتعلق منها بالملكية والحرية وبالحق في الحياة.

كذلك، فإن ما ينبغي أن تنقسم به هذه الجهة، هو أن يكون التعاون بين قضائتها بدلاً عن التناحر. فلا تجد الآراء المتصلبة طريقها إليهم. بل ينبغي أن يكون تنافسهم من أجل الحقيقة؛ وجمالهم دائراً حولها؛ وجلهم مهنيًا لا شخصيًا؛ خاصة وأن كثيراً من المسائل التي يتناولونها ببحثهم تثير نقاطاً قانونية بالغة الدقة. وقد تختلط فيها السياسية بالقيم الاجتماعية والفكرية كذلك المتعلقة بحقوق الأعداء، والإجهاض، والحقوق المدنية، ومفهوم المطبوع الداعر، وقواعد تطبيق شرط الحماية للقانونية المتكافئة، وصور الحوائج على الأفراد من خلال تعذيبهم أو إهانتهم، أو احتجازهم بدون حق.

وللتصالحهم الحقيقة وحدها، يدعوه في بعض الدول إلى إعلان آرائهم المخالفة -التي قد تكون أحياناً حادة في نبرتها- وتسجيلها^(١).

وتبدو أهمية هذه الآراء وضرورتها في أنها تقوم على تشرية كامل لراى الأغلبية، وتحليل لجوانبه المختلفة، بما يحول دون تحكم الأغلبية، ويلزمها بأن تصوغ حكمها بطريقة متعقبة.

(١) في بعض النظم كمصر، لا يعرف أحد من الذى دون الحكم، وما هي حقيقة الاعتراضات التي أبداه بعض القضاة المحكمة عليه. إذ يظل كل ذلك مكتوماً عن الناس نكرها بقاعدة سرية المدولة التي نخرج بها في مصر عن مفهومها الصحيح. ذلك أن السرية لا ينبغي أن تحول دون أن يكون للقضاة كلمتهم التي يعبرون بها عن موافقهم من الحكم سواء بتأييده أو انتقاده، لأن ذلك وحده إثراء للجدل المهني وتبصير للراى العام بأن هناك مسائل خلافية لم ينحس أمرها بعد عند القضاة المخالفين، ولأن لكل من المؤيدين والمعارضين للحكم وجهة نظر مدعومة بالحجج القانونية. وفي ذلك إثراء للبحث العلمي بدلاً عن القاعده المعمول بها في مصر التي تدعو إلى التوافق والسلبية، وكذلك الانتهازية أحياناً، من خلال تكتل بعض القضاة لدعم اتجاه خاطئ، وهم آمنون أن أدا ان يعرف شيئاً مما يعطون

كذلك فإن بعض الآراء المخالفة، لها من قوتها، ومثانة حجتها، وعمق تأصيلها لنقاط التوافق والتعارض، ما يجعلها مستقبلاً جانباً لأغلبية جديدة تتحاز لها.

وهو ما يعنى أن الآراء المخالفة تؤكد استقلال القائلين بها، وأنهم لا يميلون لغير الحقيقة التى يؤمنون بها، وأن مردّها إلى تعقّد المسائل التى يحثونها، وأن من يبدونها لا يندرجون فى إطار كتلة محافظة، أو متحررة، داخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وإنما يعبرون من خلالها عن وجهة نظر قانونية يرونها أكثر صواباً.

١٠٤- وفى مصر لا يجوز لقاضٍ فى المحكمة الدستورية العليا، أن يعلن عن موقفه من الحكم الصادر عنها فى نزاع معين، ولو كان رأيه أكثر صواباً، وحجته أكثر إقناعاً، وفهمه لواقعة النزاع يصير بهجواتها، حديثاً.

وإنما يظل رأيه مكتوماً، ودعائمه غائبة عن أن تتصل يد بها، والحقيقة التى آمن بها مطمورة فى زوايا النسيان، فلا يكون لاجتهاده من فائدة، ولا إحاطته بأبعاد موضوع معين منتجاً.

وعليه بالتالى أن ينضم إلى القضاة الذين خالفهم، وأن يوقع للحكم معهم، وكأنهم جميعاً متفقون فيما بينهم على مضمونه وأبعاده.

وحتى القاضى الذى صاغ الحكم بيده، وعبر فيه عن رأى الأغلبية بألفاظه، وبالدعائم التى ساقها باجتهاده، لا أحد يعرفه.

ومثل هذا التنظيم القائم على للتنزع بصرية المداولة، تقارنه محاذير كبيرة أهمها:

أولاً: أن لكل قاضٍ شخصيته وثقافته وتوجهاته التى ينفرد بها. فإذا كان التنظيم القائم يجهل به، فإن دوره فى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وقدر إسهامه فى نشاطها، يظل خافياً.

وهو ما يناقض ما عليه العمل فى الدول المتحضرة جميعها، وفى محكمة العدل الدولية ذاتها التى تتصل فى مسائل بالغة الدقة يتعلّق بعضها بحقوق السيادة التى تتنازعها الدول التى تمثّل أمامها. ذلك إن القضاة لا يتفاضلون على بعضهم إلا من خلال جهدهم ممثلاً فى أحكامهم التى دونوها بأيديهم.

وبقدر ثقافتهم، وعمق وعيهم، وحدة ذكائهم، ونوع أبحاثهم القانونية، ودرجة ثرائها، يكون لأحكامهم ولاجتهاداتهم قيمتها وأصالتها. وفي ذلك تقييم لكل قاضٍ من منظور موضوعي.

ثانياً: أن لسرية المدولة مفهوماً ينبغي أن يحدّد في المرحلة السابقة على صدور الحكم، والمتعلقة بما يثور بين القضاة من حوار وجدل حول المسائل المتنازع عليها، ومحاولتهم للتوفيق بين جوانبها، ونظرهم في مشروع الحكم المقدم بشأنها، وتعديلهم بعض أجزائه ومرجعيتها، حتى يظهر في الصورة التي يرتضونها.

فإذا ما صدر الحكم، فإن ما اتفق عليه القضاة، وإن كان يبلور رأي الأغلبية التي يصدر الحكم عنها، إلا أن الحكم يظل منصوباً في صياغته إلى القاضي الذي أعلنه باسمها.

أما القلة التي تعارضه، فإن من حق كل فرد فيها أن يسجل علاته رأياً مغالفاً للأغلبية، لا ليحط من قدرها، وإنما ليدعم وجهة النظر التي يؤمن بها. فلا ينزع إلى آراء لم يقم بدراستها أو بحثها بصورة عرضية غير ناذة؛ أو لتحلّ فيها إلى فريق دون آخر بخير وعي بنتائجها، أو لإدائها دون غوص في بحارها. وإنما يطن رأياً موقفاً ومدعوماً، قائماً على ما يراه أكثر صواباً وأمن عارضة. فلا يكون رأيه المناقض للأغلبية إلا إثراء للحقيقة القانونية، مؤكداً استقلال شخصيته، وبقطة ضميره.

ثالثاً: أن ما نلاحظه اليوم في كل جهة قضائية، أن سرية المدولة هي الذريعة التي يتخفى وراءها بعض القضاة الذين يتصلبون من ولجائهم، فلا يحبرونها النقاش، فالعين بشأن تكثير الحوار وتوجه قلة من بينهم. فلا يحتاجون إلى مبادلتها عمق وعمق، ولا إلى الرد على حججها بما يقابلها. وإنما يؤثرون صمتاً أو دوراً متضائلاً، بدلاً من أن يكون جهدهم علماً نافلاً.

رابعاً: أن من حق القضاة الذين تتكاضل آراؤهم مع زملائهم في إطار من الحقائق العلمية، أن يكون موقفهم من الأغلبية واضحاً وقاطعاً.

فإن هم عارضوا وجهة نظرها، فإن تسجيلهم لأرائهم هو الضمان لبيان نواحي الخطأ والتقصير في الحكم. فلا يركزون إلى كثرة جانبها الحق، ولا يقرعون لصالحها مما لا لها، ولا يعارضونها بخير حجة ظاهرة، وإنما يجرمسون على الحقيقة حتى لا تحيط بها الظلمة التي تظلمها.

خامساً: إن الذين وضعوا الدستور، صاغوه في لغة عامة تاركين للأجيال القادمة مهمة مواجهة هذه اللغة مع أوضاع تتغير باطراد في الجماعة التي تعاشها.

وهذه اللغة العامة، هي التي تتحقق بها المرونة الكافية التي يولجها بها القضاء صوراً من النزاع لم يكن الدستور قد توقعها، أو ما كان لها أن تنثور أصلاً لولا تخطي السلطتين التشريعية والتنفيذية عن واجباتهما الدستورية^(١)، مما حمل جهة الرقابة القضائية على تقرير حلول قضائية تقدم بها الترضية الملائمة لهذه الأوضاع.

ذلك أن قضاء جهة الرقابة على الدستورية، وإن كانوا غير مسئولين أمام أحد، إلا أنهم ضمير أمتهم وصوتها، فلا يكون تخطيهم على هذا النحو، إلا تطويراً للدستور بصورة تعمق حياته وتثريتها *A living Constitution with a Vengeance*.

ولئن صح القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تزدهر بغير قضائياتها الذين يفسرون اللغة العامة للدستور، وتعمد تأويلاتهم بشأنها، إلا أن واجبهم يلزمهم بأن يكونوا أكثر يقظة في مجال ربط نصوص الدستور ببعضها، واستخلاص ما يكون من معانيها أكثر اتفاقاً مع روح العصر.

فلا تكون مناقشاتهم حول معاني الدستور، وما ينبغي أن يحثر تطويراً لأحكامه، جدلاً دائراً في غرفة مغلقة لا يتصل أحد بها. بل يتحين في مرحلة بذلتها أن تكون آرائهم معلنة وقروفا عليها وتبصيراً بها، وإلا صار نقاشهم عقيماً لا يجاوز اللحظة الزمنية التي تم فيها، ومُجهَّلاً، فلا يعرفه غير القضاة الذين أداروه.

سادساً: ويزيد من دقة الأمر أن ما يعتبر مطلوباً اليوم من جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ليس موقفاً سلبياً من الدستور. بل قوة دافعة ومتدفقة لا تُضيق من حقوق الأفراد وحررياتهم أو تضيق بها، بل توسعها، ولا تفض بصرها عن أوضاع الأقلية، بل تمد يدها إليها لحمايتها، ولا تكفل لكل جماعة أسىء تمثيلها Underrepresented غير دعم يوازن بين حقوقها وواجباتها.

(١) من بين ذلك تخطي السلطة التشريعية في مصر عن تنظيم كثير من المسائل الشائكة في العلاقة بين المرجع والمستأجر مما حمل المحكمة الدستورية العليا على التدخل فيها من خلال الطول القضائية التي قررتها لها.

ومما يتصل بعمل جهة الرقابة على الدستورية، أن نشاطها ينبغي أن يمتد إلى مناطق غير مطروقة، وإلى تعميق مناطق مألوفة دروبها، وإلى فرض قيم تراها الجماعة ضرورية لتتبعها، أو تكون لازمة لإصلاح شأنها^(١)، بما يعيد التوازن في المصالح، بين قطاعاتها المختلفة.

وإذا يقال بأن تؤكد نشاطها على هذا النحو، يعود في مضمونه ومداه، إلى قضية متحررين، متوثبين، يناهضون زملاء لهم متحفظين أو خاملين، إلا أن تبسيط الأمور على هذا النحو لا يفسر النهج للتقوى لجهة الرقابة القضائية، وربما عقد هذا التفسير.

والأقرب أن يقال بأن نشاطها ينبغي أن يتأثر بعدد من العوامل تعود في أغلبها إلى التدخل المتزايد للسلطة حتى في أخص الشئون، وإلى دخول الطبقة المتوسطة بقوتها الداعية إلى مزيد من الإصلاح في الأوضاع التي تتعامل معها، وإلى رغبة للتعليم القانوني ولتنامي دائرته، وإلى فهم أعمق لنوع من القضايا التي تبرز فيها مصالح الجماهير العريضة Public-interest litigation، وإلى قوة وسائل الإعلام وضغوطها، وإلى رفض كل طغيان للأغلبية على الأقلية، وإلى ضرورة تقرير حلول كاملة تعيد بالمسائل المتنازع عليها، وإلى رفض أنصافها أو جوازها التوفيقية التي تدعو إليها السلطة السياسية، وإلى ترسيم كل سلطة ضوابط المعقولة في تصرفاتها، وإلى أن للتصناد السوق ينبغي أن يكون متوازنا وخالقا ونافعا عن الاحتكار، وقائما على التنافس للمشروع، وغير طارد لكل مشروع صغير.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تدخل هذه العوامل جميعها في اعتبارها، وأن تزن كل واقعة بما يناسبها، وأن تكون الحلول العادلة هي نهاية بحثها؛ فلا تعأ في أحكامها بأثرها على المواطنين؛ ولا بقبولهم أو رفضهم لها؛ ولا بأثرها على السلطة التي قد تعارضها.

(١) ومن ذلك قيم التوازن في المصالح التي فرضتها المحكمة الدستورية العليا في أحكامها الجديدة التي أبطلت بها كثيرا من النصوص القانونية التي تنظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر Landlord-tenant relationship [أنظر في ذلك حكمها في القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥، قاعدة رقم (١) من ١٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها].

كذلك فإن الشروط التي يقوم بها حق المرأة في إجهاض نفسها، قد تكون من بين هذه القيم، ويلدرج تحتها كذلك القواعد التي تنظم حق الاقتراع العام، وشروط الاستخدام في الوظيفة العامة، وشروط استعمال الوسائل الوابئة من الحمل Birth control.

فذلك كله بعيد عن مهامها، غير متصل بحدود ولايتها، ولا بالقوم التي يجب أن نرعاها، ولا بالصورة التي يتعين أن تكون عليها أحكامها؛ ولا بأن يكون إقدامها متوجها بضوء الحقيقة التي تتحدد على ضوءها خطاها^(١).

(١) ولذا أن نتعامل ليس ضوء الحقيقة أفضل من إظهارها. وهل يتحقق للحكم الصادر في المعامل الدستورية، دوره الإيجابي في الإطلال على الحقيقة، إذا ظل رأى المخالفين لأغلبيته محجوباً. إن بعض الذين يدعون عن نظام سرية المداولات المعمول به في مصر، هم قضاة استقلموا للتواكل والسلبية. ذلك أن إدانهم لأراء مخالفة يلزمهم بالاجتهاد، وهم لا يحرصون عليه. أما القول بأن إعلان القضاة المخالفين، لأرائهم، يخل بالثقة الواجبة في الحكم القضائي، فوصف للمواطنين في مصر بالجهل، وبأنهم أقل وعياً ووزناً من شعوب أخرى.

المبحث الرابع

نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية

١٠٥- لا تصدر جهة الرقابة القضائية على الدستورية أحكامها إلا في نزاع يتصل بالمسائل الدستورية التي أثارها. ويقتضي نطق أحكامها بهذا النزاع، تكون لها حجية ونهائية، التي لا شأن لها برجعية أثر الحكم الصادر فيه، ولا بتطبيق هذا الحكم بأثر مباشر. ذلك أن ما يقصد بنهاية أحكامها، هو أن تكون مستعصية على الجدل فلا يرجعها أحد فيها، كي تكون أحكامها مجبرة بصفة مطلقة وحاسمة عن الحقيقة القانونية التي دونتها.

ومن ثم ترتبط النهائية، بنصوص بنواتها أثارها الخصومة الدستورية، فلا يجرى الحكم هذه النصوص من قوة نفاذها أو ببقائها على حالها^(١)، إلا على ضوء تطبيقها أو مخالفتها للدستور، ليكون قضاءه في ذلك فصلاً.

وتلك هي السلطة النهائية التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور.

وهي بعد سلطة تفرد بها ولا تزلحها فيها جهة غيرها، وتسقط بها كل قانون يناقض الدستور^(٢) حتى تعطيه وجهه الصحيح *Son Vrai Visage*، وإلى حد أن قرر القاضي Charles Evans Hughes بأن الدستور هو ما يقرر القضاء اعتباره كذلك^(٣) ذلك أن الحكم الصادر عنهم لا يتعلق إلا ببيان حكم القانون في نزاع من طبيعة دستورية معروض عليها. وهم لا يصدرون حكمهم لإقناع غيرهم بالدعائم التي قام عليها؛ ولا في صورة مجردة تقسم بالتصميم؛ ولا على نحو يجاوز ما يكون

(١) لا يقصد بتجريد النصوص القانونية من قوة نفاذها، إلغاء هذه النصوص، Repealing or abolishing a statute، وإنما تعطيلها عن العمل، فلا تنفذ في حق المخاطبين بها *An inoperative or unenforceable statute*.
(٢) أنظر حكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

Norton V. Shelby County, 118 U.S. 725 (1886).

حيث قررت المحكمة أن القانون المخالف للدستور باطل وليس بقانون؛ فلا يحول حقا، ولا يقتضي التزاما، ولا يوفر حماية، ولا يقد أحد منصباً وهو من منظور قانوني كأنه لم يصدر قط.

An unconstitutional act is not a law, it confers no rights; it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation as inoperative as though it had never passed.

(٣) C.E. Hughes, "We are under a Constitution, but the Constitution is what the Judges say it is", "The Australian Law Journal" 98 (1982). See also; A Bickel, "The least dangerous branch", The Supreme Court at the bar of politics 264 (1962).

ضروريا للفصل في النزاع المطروح عليهم. ولكلهم بتقيدون بالحدود الضيقة لهذا النزاع، وبما يكون لازما للفصل فيه، ويقصد إنهاءه في كافة جوانبه بصورة عملية.

وينتقد بعض الفقهاء السلطة النهائية التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور. ويذهبون إلى أن مؤداها، أن تصير تفسيراتها لأحكامها، موازية للدستور في قيمتها ومرتبها Equating the Constitution with the court's interpretation.

فلا يجوز دحضها أو التكليل على خطئها، بالرغم من أن السلطتين التشريعية والتنفيذية تتقاسمان معها نصير الدستور، ولهما اجتهاداتهما الخاصة التي قد توفق أو تتناقض قضاء جهة الرقابة على الدستورية.

فلا تكون أحكامها تعبيراً دائماً عن صحيح حكم الدستور^(١) وليس لها بالتالي أن تدعى أن كلمتها في شأن نصيره، نهائية، ولا رجوع فيها.

فضلا عن أن وصفها لأحكامها بالنهائية، هو تعبير عن دورها في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر من كونه تعبيراً عن مضمون قطعي لا رجوع فيه لأوامر الدستور.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تعتمد في قضائها على تقدير السلطة التشريعية ذاتها في المسائل المعروضة عليها^(٢).

ويتعين بالتالي أن يظل نصير الدستور مفتوحاً، وإلا ينطلق طريق الاجتهاد فيه؛ وأن يتحدد معناه بأدوات مختلفة، وعبر أزمان متعددة، لا تعتبر جهة الرقابة غير إحداها. فلا يكون فهم الدستور ولا تطويره مقصوراً عليها.

١٠٦- بيد أن أوجه اللقد هذه يعيبها أن السلطتين التشريعية والتنفيذية، قد تحكيان على نصوص الدستور من خلال تشريعات شاملة ومعقدة، تتناول مراكز قانونية مختلفة. واجتهادهما في مجال فهم الدستور، وإن جاز أن يكون محل تقدير جهة الرقابة على الشرعية الدستورية؛ إلا أن

(١) فالسلطة التشريعية تكترع على القانون على ضوء فهمها الخاص للدستور، والسلطة التنفيذية تبشر حقها في الاعتراض عليه على ضوء فهمها للدستور.

(٢) Laurence H. Tribe, "American Constitutional Law", Second Edition, pp. 33-37.

الاحتماء وراء ذلك الاجتهاد بقصد الإفلات من الرقابة القضائية على تصرفاتهما، مؤداه أن ينقلب عدولهما على الدستور إلى عمل مشروع.

وهو ما يتأتى على طبيعة هذه الرقابة وأهدافها. ذلك إنها رقابة قضائية لا سياسية. وبما شيرها جهة تتولى وظيفة قضائية بمعنى الكلمة؛ ولها من استقلالها وحيدتها ما يعصمها من الانحياز إلى مصالح ضيقة في مجال فهم الدستور، ورصد القيم التي يحتضنها.

ويجب بالتالى أن يكون قولها في ذلك كله نهائياً؛ قطعاً لدابر كل نزاع يثار أمامها في شأن ذات الموضوع، حتى لا يعاد طرحه من جديد، خاصة وأن هذه الجهة لا تصدر حكماً في نقاط لا شأن لها بالمسائل الدستورية المتنازع عليها^(١)؛ In Dictum؛ ولا توجه السلطة التشريعية كذلك إلى ما ينبغي أن تكون عليه صورة القانون بما تقره مستقبلاً من القواعد القانونية^(٢).

فلا جهة الرقابة تعلق نفسها على السلطة التشريعية، ولا هي تتصحبها بما يجب عليها أن تفعل. ولكنها تبأشر سلطة نهائية في مجال تفسير الدستور. وتظل قراراتها في شأن هذا التفسير قائمة ونافذة، إلى أن يعدل الدستور وفق القواعد المخصوص عليها فيه، وهي قواعد تنتم بقلها وظولها وتشابكها، لضمان أن يكون إقرار التعديل على ضوء نظرة هادئة باحثة تزن جوانبه بقدر كبير من الموضوعية، وتمحص أبعاده عبر فترة تمتد رحاً من الزمن. فلا يكون التعديل صلاً مندفعاً لا تبصر فيه. بل تعقلاً ونظراً ثالثاً يبلور إرادة واعية تكفل أكبر قدر من التوافق في الآراء.

ولا كذلك مركز السلطة التشريعية التي تقوم بعملية صناعة القانون. ذلك أن تحديدنا للقيم التي يحتضنها الدستور، أو بيانها لنطاق الحقوق التي يكفلها، لا يجوز أن يكون منهياً لكل نزاع حولها.

وإنما الشأن في ذلك إلى جهة الرقابة على الدستورية التي تؤسس أحكامها على نصوص الدستور. لتكفل بها ترضية قضائية بالغة منبتها An Extreme Remedy ولا يعتبر الحكم الصادر بها مرادفاً للدستور، وإنما هو ممارسة من الجهة القضائية للسلطة المخولة لها بمقتضى الدستور. A judicial ruling is not the Constitution, but an exercise of power under the Constitution.

(١) Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

(٢) عكس ذلك ما قرره جون مارشال عام ١٨٢٧ لقد فصل في قضية: Brown v. Maryland, 25 U.S. 12.

Wheat 419, 449 (1827). التي تعلق موضوعها ببضاعة مستوردة من دولة أجنبية. ثم قرر أن المبادئ ذاتها

تتطبق على استيراد الولاية بضائع من ولاية أخرى.

ولأنها فضلاً عما تقدم، تعتبر ملاذاً نهائياً The last resort لمن يحتكمون إليها في إطار وظيفتها القضائية.

فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية تستطيع توفيقها مع الدستور، ولا في دستورية نصوص تستطيع إنهاء النزاع الدائر حولها، بغير الرجوع إلى أحكامه^(١).

وهي كذلك لا تبطل أية نصوص قانونية، يكون عوار مخالفتها للدستور مجرد شبهة لا مساق لها. ولكنها تفصل في مسائل متنازع عليها من خلال الخصومة القضائية، وتصدر حكمها فيها. وفق الدستور والقانون^(٢).

هذا إلى أن السلطة النهائية لجهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور، تلزمها بأن تقوم أحكامها على دعائم تحيطها قوة الإقناع، وإلا صار سهلاً اتهامها بأنها تشرع لنفسها، لتعرض على الآخرين خياراتها وأولوياتها السياسية أو الأيديولوجية، بما يقيها سلطة فوق الدستور، تحل من قواعده يوماً بعد يوم، وكأنها تعيد كتابتها من خلال قيم تصطنعها وتقرضها. وهو ما لا يستقيم.

ذلك أن نصوص الدستور وحدها -بدلالاتها الصريحة أو الضمنية- هي ركيزتها في إبطال النصوص القانونية المطعون عليها. وليس لها بالتالي سلطة إشرافية تدعيها لنفسها لتكتمل بها أو تصحح ما تراه من نصوص الدستور قاصداً أو معيباً. وإلا كان ذلك خروجاً منها على الحدود المنطقية لتفسيره Noninterpretivism^(٣).

ذلك إن إبطالها قانوناً لمخالفته الدستور، يلزمها بأن تنزل على إرادة الجهة الأعلى التي خولتها هذا الاختصاص. ولا يحذر تحريفها لإرادتها، أن يكون انقلاباً عليها بما يفقد جهة الرقابة ذاتها، مسند وجودها، ويعطيها مركزاً تتفوق به على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

(١) Wagner v. Salt Lake City, 29 Utah 2d 42, 49, 504, P.2d 1007, 1012 (1972); Hoyle v. Mousou, 606 P.2d 240 (Utah, 1980).

(٢) Gerald Gunther, constitutional law, eleventh edition, 1985, P. 24.

(٣) يزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية في أحيان كثيرة، إلى إصدار أحكام مطولة يوجهون فيها نصائح إلى المجتمع القانوني في الوقت الذي تعرض فيه هذه الجهة إصدار آراء استشارية في المسائل التي يطلب منها التصيحة فيها. eau, Modern Constitutional law. volume two, 1969, P.69.

وتظل جهة الرقابة القضائية -في حدود ولايتها- هي المفسر النهائي للدستور. The ultimate interpreter of the constitution بما يقطع كل نزاع في شأن سلطتها في تحديد نطاق قانون الدستور The exposition of the law of the constitution. وأحكامها في ذلك نهائية لا يراجعها أحد فيها^(١).

١٠٧- وقد أثير موضوع نهائية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا على ضوء تطبيقها للفترة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها التي تنص بأن أحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية، تقيد الدولة والناس جميعهم.

ذلك أن الفترة الأولى المشار إليها وإن أطلق المشرع حكمها ولم يقيدها وعمم مسرياتها بلا تخصيص على كافة الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية، سواء في ذلك تلك التي تتعلق بإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، أو بتقرير صحتها، أو بغير ذلك من المسائل الدستورية التي يكون الفصل فيها مفترضاً أولاً، للخوض في دستورية النصوص المطعون عليها. كالفصل فيما إذا كان القانون المطعون عليه، قد زال وجوده بأثر رجعي من تاريخ صدوره؛ أم أن هذا القانون لا زال قائماً صحيحاً وفق الدستور؛ إلا أن الهيئة العامة للمواد الجنائية بحكمة النقض، كان لها رأي آخر في شأن نص الفترة الأولى من المادة ٤٩ المشار إليها، أبنته في الطعن المقيم في جدولها برقم ١١٨٣٨ سنة ٦٠ قضائية^(٢)، ومؤداه أن الحجة المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، مناطها أن يكون الحكم منتهياً إلى دستورية أو عدم دستورية النص المطعون فيه وذلك تأسيساً عليها على أن:

>>الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها؛ وأن قوامها مقابلة للنصوص المدعى مخالفتها للدستور بالقيود التي فرضها لضمان النزول عليها. فلا تلزم لجهة قضائية بالحكم الصادر في هذه الخصومة، إلا إذا كان فاصلاً في موضوعها، سواء بتقريره اتفاق النصوص المطعون عليها أو مخالفتها للدستور شكلاً وموضوعاً>>.

>>لذا كان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية المرفوعة إليها، منتهياً إلى عدم قبولها؛ وكان الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية؛ وكان إبطالها لا

(١) Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, (1958).

(٢) انظر حكمها في هذا الطعن الصادر بجلستها المعقودة في ١٣ من أبريل ١٩٩٧.

يقع إلا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا؛ وكانت النصوص التي لا تبطلها لا يجوز وقفها، وكان تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية لا يصلح حق أية جهة قضائية في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها، ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح عليها بتفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا طبقاً للأوضاع المقررة في قانونها بشأن طلب التفسير التشريعي؛ وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" لا يتعلق بعدم دستورية النص المطعون عليه فيها، ولا بصحة هذا النص، بل كان قضاء بعدم قبول الدعوى الدستورية ذاتها، فإن تقريراتها هذه، ولو كان منطوق حكمها مرتبطاً بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، لا يكون لها تلك الحجية الملزمة التي عنتها الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها<>.

... ذلك هي الدلائل التي قام عليها قضاء هذه الهيئة في شأن عدم التزامها بكل حكم يصدر عن المحكمة الدستورية العليا لا يتعلق بصحة النصوص القانونية المطعون عليها أو ببطلانها، فإلى أي حد كان حكمها صحيحاً وفقاً للدستور والقانون؟٢٢٠

١٠٨- ويلاحظ أن قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، كان تعقيباً منها على الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية المعقّدة بجدولها رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"^(١) والتي تلخص وقائعها في أن المدعى في الدعوى الدستورية كان قد تقاضى من المستأجر - في شأن وحدة يشغلها في مبنى أنشئ عام ١٩٨٨- مقدم أجرة تزيد على سنتين، مخالفاً بذلك أحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، الذي فرض عقوبة جنائية على تقاضى مثل المقدم. وهذه العقوبة هي التي قررت المحكمة الدستورية في شأنها أنها لم تعد قائمة

(١) طلب المدعى في هذه الدعوى الحكم بعدم دستورية المادتين ٧٧ و ٧٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فضلاً عن المادتين ٦ و ٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وكانت للمادتان المطعون عليهما في القانون الأول، قد حظرتا على المؤجر أن تقاضى مقدم إيجار تحت أية صورة من الصور، وإلا عوقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة تعادل مئتي المبالغ التي تقاضاها.

أما المادتان المطعون عليهما في القانون الثاني الذي نص على سريان أحكامه في شأن مالك المبنى المنقلا اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون، فقد أجازتا تقاضى المؤجر مقدم إيجار لا يزيد على اربع سنين. فإذا حصل على أكثر منه، عوقب بالجزاء الجنائي المنصوص عليه في المادة ٧٧ من القانون الأول

بمافوق لاحق هو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦- الذى أعاد العلائق الإجبارية جميعها لحكم القانون المدنى وذلك إعمالاً من جهتها لهذا القانون باعتباره الأصلح للمتهم.

ومن ثم قضت المحكمة بعدم قبول الخصومة الدستورية لانقضاء مصلحة المدعى فى الطعن على دستورية جريمة تقاضى مقدم أجره لأكثر من سنتين، وهى الجريمة التى كان القانون السابق- رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١- قد نص عليها، ثم محاها بحذف القانون لللاحق عليه- وهو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦

١٠٩- وقد قام قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الدعوى الدستورية، على دعائم ترتبط منطوقها بها وحاصلها؛

أولاً: أن الأصل فى القانون الجنائى ألا يطبق على أفعال أثناء جنائها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها. La loi préalable وإلا كان رجعيًا.

ثانيًا: أن سرمان القوانين الجنائية على وقتل كتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان محظوراً، إلا أن هذه القاعدة غير مطلقة.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ إلا أن هذا القانون يصونها كلما كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء بإلغائه تجريم الأفعال التى كان القانون الجنائى السابق قد أئتمها، أو بتعديلها ببيان العناصر التى تقوم عليها، بما يقلل من وطأة العقوبة المقررة للجريمة فى مجال تطبيقها بالنسبة إلى متهم تنطبق القانونان السابق واللاحق، بمركزه فى مواجهة سلطة الاتهام.

ثالثًا: أن مشروعية العقوبة التى يفرضها المشرع كجزاء على الجريمة، ترتبط بضرورتها من جهة، وبامتناع رجعية أثرها من جهة أخرى كلما كان مضمونها أكثر قسوة.

ويتعين بالتالى كلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاح إلى حالها قبل التجريم، أن تُرد لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم ينال منها، وأن يرتد هذا القانون على عقبيه، إعلاء للقيم التى انحار إليها القانون الجديد، وعلى تقدير أن صونها لا يخل بالنظام العام، بل يوافقه بما يحسول دون انحراف عقده، بعد أن صار هذا القانون لكل لحقوى المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحررياتهم.

وهو ما يعنى أن الضرورة الاجتماعية التى لتطلق منها الجزاء المقرر بالقانون للتقديم، قد أسقطتها فلسفة جديدة تبنتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها، قولها حرية التعاقد.

فلا يكون الجزاء الجنائى حرك لايس للقيود التى فرضها لقانون لتقديم على هذه الحرية - إلا منهدما بعد العمل بالقانون الجديد.

١١٠- تلك هى الدعام التى قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٨ سنة ١٧ قضائية، وموداما أن الواقعة محل الاتهام الجنائى لم تعد معاقبا عليها، ولم يعد متصورا بالتالى أن ترمى هذه المحكمة فى نظر الدعوى الدستورية المطروحة عليها، ومن ثم كان قضائها بعدم قبولها، بعد أن غرض المشرع بصره عن التكدير الاستثنائية للعلاق الإيجابية التى انبنى التحريم عليها، وخرج من صلبها.

وهى دعائم لا ينقضها الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، إذ هو مردود أولاً بأنه وإن صح القول بأن الخصومة الدستورية فى تطبيقاتها الأعم، هى التى يكون الحكم الصادر فيها منتهيا إلى تقرير صحة للنصوص المطعون عليها أو بطلانها، إلا أن اتفاق هذه الخصومة تنبع لكل المسائل الدستورية التى تطرحها، وعلى الأخص ما تعلق منها بوجود النصوص القانونية المطعون عليها أو زوالها بأثر رجعى كلما كان الخوض فيها مفترضا أوليا للفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها^(١).

ومردود ثانيا: بأن حكم الفترة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التى تسبغ الحجية المطلقة على أحكامها، جاء علما منصرفا إلى كل قضاء قطعى يصدر عنها فى الخصومة الدستورية فصلا فى مسائل دستورية بطبيعتها، ذلك أن الحجة المطلقة لأحكامها القطعية فى المسائل الدستورية، لا تخصص فيها ولا تنقيد^(٢).

(١) فالحكم الصادر بانتهاء الخصومة فى الدعوى الدستورية لسبق الفصل فيها، يحول دون تقرير بطلان جديد إذا كان الحكم السابق صادرا ببطلان النصوص ذاتها المطعون عليها، فإن كان مؤكدا صحتها، استصحبها الحكم بانتهاء الخصومة، وإبقاها على حالتها.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء محكمة القضاء المدنية والتجارية والأحوال الشخصية المؤلفة برئاسة المستشار أحمد محمود مكي فى الطعن المقيد بجدول المحكمة برقم ١٠٤٢ لسنة ٦٢ قضائية، والطعن رقم ٦٦١٢ لسنة ٦٧ قضائية، والطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٦٤ قضائية. وجميعها صادرة بجلسة ١٦ نوفمبر ١٩٨٨.

ومردود ثالثاً: بأن مفهوم القانون الأصلح للمتهم، مؤداه أن قانونين قد تعلقا بالأفعال ذاتها التي جرمها القانون الأول، وتعلقا بالتالي على محل واحد، وإن كان القانون اللاحق قد محا العقوبة التي فرضها القانون السابق أو خففها.

كذلك فإن مفهوم القانون الأصلح مؤداه أن القانونيين السابق واللاحق موافقين للمستور؛ وأن فرض العقوبة التي نص عليها القانون للقديم بعد صدور قانون جديد يلغيها أو يخففها، لم يعد مبرراً بعد زوال الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها؛ وأن موازين العقوبة ومقاييسها من جهة ضرورتها وضوابط قسوتها أو اعتدالها، من المسائل الدستورية بطبيعتها، صونا للحرية الشخصية التي يخل بها إيقاع جزاء أسوأ وقعا على المتهم في شأن أفعال أتاها قبل تقريره، ويصونها جزاء أقل سوءاً، بما يحتم سريان القانون الجديد على الجريمة التي أتاها المتهم قبل العمل به.

ومردود رابعاً: بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، يفترض وجود هذه النصوص قانوناً، فإذا كان المشرع قد أزالها بأثر رجعي، فإن الحكم بسقوطها، يكون فصلاً في مسائل دستورية باعتبار أن التجريم قيد على الحرية الشخصية التي كفل الدستور صونها^(١).

(١) أنظر في نقد قضاء الهيئة العلمية للمواد الجنائية بمحكمة النقض، مقالة هامة نشرها الأستاذ المستشار عزت حنورة نائب رئيس محكمة النقض الأسبق في العدد () من مجلة نادي القضاء، والتي يقول فيها أنه كان لزاماً على المحكمة الدستورية العليا أن تبحث ما إذا كانت المصلحة التي نواها المدعي في الدعوى الدستورية التي رفعها لا تزال قائمة بعد سريان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، ولا يتحقق ذلك إلا ببطلان أثر هذا القانون على المواد المطعون عليها.

ومن ثم كان هذا البحث مسألة جوهرية لتقرير توافر المصلحة أو انقضاها. وقد قطعت المحكمة بأن هذا القانون أصلح للمتهم بعد أن لم تعد الواقعة محل الاتهام الجنائي ملاحقاً عليها، وأبني حكمها هذا على التطبيق المباشر لتواعد دستورية، وأنه بذلك يكون ملزماً لجهات القضاء جميعها.

ويقول سيادته أن قانون المحكمة واضح وصريح في إطلاق القوة الملزمة لصوم الأحكام القطعية الموضوعية التي تصدرها متى كان حكمها صادراً في دعوى دستورية. ولا يجوز مع هذا الإطلاق والتعميم تطبيق النص أو تخصيصه إذ لا يجوز الخروج على النص الواضح أو تأويله بدعوى تفسيره على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها التي طردت قضاؤها كذلك على أنه متى كانت القرارات القانونية التي تضمنتها أسباب الحكم مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمنطوقه، وداخله في بناء الحكم وتأسيسه، ولزامة للنتيجة التي انتهى إليها، فإنها تشكل مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة. وأنظر كذلك في نقد قضاء الهيئة العلمية للمواد الجنائية، د. فتحى سرور في ص ٣٢٣ - ٣٢٩ من طبعة ٢٠٠٠ من مؤلفه الحملة الدستورية للحقوق والحريات.

ومردود خامساً: بأنه كلما كان منطوق الحكم الصادر في الخصومة الدستورية، منتهياً إلى عدم قبولها بناء على تقريراته القانونية الفاصلة في مسائل دستورية بمعنى الكلمة، فإن هذا الحكم يقيد كل جهة قضائية، فضلاً عن الكافة.

ومردود سادساً: بأن ثمة قاعدتين تجريان معاً وتتكاملان: أولهما: أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلاً في الأعمال اللاحقة لنفاذه. وثانيتهما: سريان القانون الجنائي اللاحق على وقائع كان يؤتممها قانون جنائي سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر سراً.

وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه، أن ثانيتهما فرع من أولهما، ونتيجة حتمية لها. وكلتاها معاً تستبران امتداد لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهما معاً القيمة الدستورية ذاتها^(١).

١١١- وبالرغم من بداهة هذا الملتق، إلا أن محكمة النقض أصدرت حكماً آخر^(٢) تقرر فيه ما يناقض الأصول المبدئية لعلم القانون، وتكون في أسبابه ألفاظاً لم تجر بها اللغة القضائية، وكأنها تخوض حرباً ضد المحكمة الدستورية لطوا في مسائل تتصل من مبدئها إلى منتهائها بحقوق المواطنين وحرياتهم.

فقد جاء بهذا الحكم قولها بأنها وحدها الجهة المعنية بتطبيق القانون الأصلح للمتهم، وأن مفهوم هذا القانون بتحقيق، ولو في غير مسائل بالحرية الشخصية؛ بل ولو كان القانون السابق أو اللاحق، أحدهما أو كلاهما مخالفين للدستور.

ووجه الغرابة في هذا الحكم، إن مخالفة النص العقابي القديم للدستور، مؤداه بطلان النص العقابي، فلا يتعلق به قانون لاحق يُعسر للمتهم.

فإن كان النص اللاحق هو الذي ناقض للدستور، انعدم أثر هذا النص في محور العقوبة التي فرضها القانون القديم أو في تخفيفها.

(١) دستورية عليا - في القضية رقم ٤٨ جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية - الجريدة الرسمية - العدد ١٠ في ٦ مارس ١٩٩٧، والقضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية - الجريدة الرسمية - العدد ٣ في ١٩٧٧/٣/١٧.

(٢) أنظر ما قرره محكمة النقض برئاسة المستشار فتحى خليفة في الطعن المقيد بجنول المحكمة برقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ قضائية.

بما مؤداه أن القانون اللاحق يستحيل أن يكون أصح من القانون السابق، إلا إذا كانا معا موافقين للدستور، وتعامدا على العقوبة ذاتها، وبما يجعل القانون اللاحق أصون للحرية الشخصية للمتهم. ذلك أن الحرية الشخصية التي كفلها نص المادة ٤١ من الدستور، يحميها القانون الأصح إذا أزال صفة التجريم عن الأفعال التي أثمها قانون سابق، أو جعل عقوبتها أخف.

فإذا لم يكن لقانون لاحق من شأن بالحرية الشخصية، فإن النظر إليه فسي موازنين العقوبة لتقييمها، ولتحديد أخفها وأصلحها للمتهم بالتالي، يكون لغوا.

١١٢- وإذا أعلنت النيابة العامة -وبعد صدور حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية المشار إليه- اتهام المدعى في الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، فقد أقام منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا، وأسبها على أن الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية، يحوق تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية المشار إليها. وقد قضت هذه المحكمة في منازعة التنفيذ المرفوعة إليها -والمقيدة بجدولها برقم ١ لسنة ١٩ قضائية- بالاستمرار في تنفيذ حكمها الصادر في ١٩٩٧/٢/٢٢ في الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، وذلك فيما فصل فيه من اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ قانوناً أصح للمتهم مع ما يترتب على ذلك من آثار، تأسيساً على أن الحجة المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، تتناول تلك التي تصدر ببطلان أو بصحة النصوص القانونية المطعون عليها، وكذلك تلك التي تصدر بعدم قبول الخصومة الدستورية فصلاً في مسائل دستورية^(١).

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ١٠/٣/١٩٩٨- قاعدة رقم ٢ - ص ٧٦٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

الفصل السادس

الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية

١١٣- وإذا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تنتظر إلى الدستور باعتباره وثيقة ذاتية بالحياة لا يرتبط تطبيقها بالضرورة، بالأوضاع التي قام عليها عدد صدور، وكان ذلك بخولها أن تنصر الدستور على ضوء نظرة متطورة لا تتحكم فيها غير المفاهيم المعاصرة، إلا أن هذه السلطة -هي بعيدة في مداها- ينبغي موازنتها ببعض القيود التي تقتضيها هذه الجهة من نفسها كضوابط ذاتية على نشاطها، وتطلبها خصائص وظيقتها القضائية.

أولاً: القاعدة الكلية للرقابة القضائية على الدستورية

١١٤- وهذه القيود الذاتية التي تفرضها المحكمة بنفسها على أحكامها، مردداً إلى قاعدة كلية تحملها على ألا تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

بيد أن تقاديرها الفصل في هذه المسائل قد يتخذ شكل تأجيلها^(١)، وإن كان هذا التأجيل ليس مرغوباً فيه أصلاً، خاصة في مجال حقوق الأفراد وحياتهم التي لا يجوز أن تنزل للنصوص القانونية التي تخل بها، في مأمن من تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لتقرير صحتها أو بطلانها، رغم خطورة الآثار المترتبة على تطبيقها، ويوجه خاص كلما استطلت زمن سريانها، وكانت المطاعن الموجهة إليها غير ظاهرة تهلوياً *Patently frivolous*، وإنما تماندها دلائل رجحان صحتها.

وامتناع جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها أو تحاشيها، يفيد بحكم الاقتضاء العقلي، ألا تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، ما لم يكن ذلك ضرورياً بصفة مطلقة *Absolutely necessary*.

وهذه الضرورة المتكافية في شدتها، هي التي توازن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بضوابط الاعتدال.

(١) كان قد طرح في عام ١٩٤٣ أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية- طعن بحكم دستورية القانون الذي حظر استعمال الأزواج للوسائل الواقية من الحمل ومنع تقديم أية مشورة طبية بشأنها، ولم تفصل المحكمة في هذا النزاع ومن خلال تأجيله- إلا في عام ١٩٦٥، أي بعد أكثر من اثنين وعشرين عاماً.
Grisswald v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

فلا تفصل الجهة التي تباشر هذه الرقابة في خصومة دستورية قبل أنائها Premature questions ولا تنتظر في المسائل الدستورية التي تنكرها هذه الخصومة إذا صار للفصل فيها غير منتج Moot cases (١).

وهو ما يعنى أن الفصل في المسائل الدستورية لا يجوز أن يتقدم موجباته، ولا أن يتأخر عنها. ويظل التقيد بالضرورة في درجاتها الأكثر حدة، قديماً على الخصومة الدستورية، وذلك بالنظر إلى الآثار التي يترتبها الحكم الصادر فيها على المراكز القانونية للقاتمة، وإحداثة اضطرابها في صور من التعامل دخل أطرافها فيها، ورتبوا أوضاعهم على مقتضى النصوص القانونية النافذة عند إبرامها.

وهنا صواباً بالتالي تؤكد أن جهة الرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل في مسائل دستورية قبل تولف الضرورة التي تلجئها للخوض فيها، والتي لا يستقيم معها أن يكون الحكم الصادر في المسائل الدستورية المطروحة عليها، محمولاً على قاعدة دستورية تجاوز باتساعها نطاق الواقعة التي بلى الحكم عليها.

وليس لهذه الجهة كذلك أن تفصل في دستورية نصوص قانونية أفاد الطاعن من مزايها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وكذلك إذا كان النزاع حول هذه النصوص قد أفرغ في شكل خصومة وهمية، أو نصورية، أو ودية لا تبلور في حقيقتها تنازع مصالح أطرافها بصورة حقيقية وحادة.

ثانياً: فروع هذه القاعدة للكلية

١١٥- ويتفرع عن القاعدة التي نلتزمها جهة الرقابة على الدستورية، والتي نتحاشى بها الفصل في المسائل الدستورية قدر استطاعتها، قاعدتان أخريتان، لا تتفصلان عنها، بل تكاملان معها:

(١) يكون للفصل في الخصومة عتياً أو غير منتج إذا طرأ بعد رفعها تغيير في وقتها أو في القائلين الذي يحكمها. فلا تظهر للمدعى في هذه الخصومة - بسبب هذا التغيير - لفائدة من الاستمرار فيها. وهو ما يعنى أن شرط المصلحة يتعين أن يكون قائماً في الخصومة الدستورية في كافة مراحلها

Linef v. Jafco, I nc, 375 U.S. 301 (1964)

ولا كذلك للخصومة التي ترفع قبل أوانها. ذلك أن الأصل في الخصومة أن تتكامل عناصرها، وأن تكون خصومة حقيقية يجوز الفصل فيها لقضاء. فإذا لم تتطور الخصومة على هذا النحو، تعين الحكم بعدم قبولها لرفعها قبل الأوان. ومن ذلك أن تقام الخصومة الدستورية بناء على احتمال تدخل السلطة في حق أو حرية كلها الدستور.

United public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947).

أولاهما: ألا تفصل جهة الرقابة القضائية، في دستورية نصوص قانونية، يكون بوسعها أن توفيقها مع الدستور. بما موداه أنه كلما احتمل النص القانوني المطعون عليه تفسيران: أحدهما مغايراً للدستور، وثانيهما يقيم ذلك للنص وفق أحكامه، فإن التفسير الثاني يكون هو الأخرى بالإجماع^(١).

ثانيتهما: لا يجوز للجهة القضائية أن تتماذد في حكمها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، إلى نص في الدستور، كلما كان بوسعها حمل قضائها في هذه المسائل، على أسس لا شأن للدستور بها Nonconstitutional grounds.

ثالثاً: افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور

١١٦- وفضلاً عما تقدم، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية كثيراً ما تولى احترامها في مجال فصلها في دستورية القوانين- للسلطة التشريعية من خلال موافقتها على اجتهاداتها وخياراتها، تأسيساً على أن هذه السلطة أكثر اتصالاً بآمال مواطنيها، وتعبيراً عن احتياجاتهم ولأولوياتهم، ولأنها نافذة إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها، وأصق خبرة بعديد من المسائل التي تتصل ببعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية.

بما يجعل تقدير السلطة التشريعية في شئون شتى، محل اعتبار جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تعبر عن موقفها من السلطة التشريعية ثارة بتبنيها نظرية الأعمال السياسية، وطورا باعتقادها لافتراض موداه أن الأصل في النصوص القانونية، هو مغوليتها ومطابقتها للدستور^(٢). ومع ملاحظة أن إيلاء الاعتبار لتقدير السلطة التشريعية أو اجتهاداتها، وإن تحقق في مجال الشؤون الخارجية للدولة أكثر من شئونها الداخلية، إلا أن عدول السلطة التشريعية على السلطة القضائية أو تدخلها في وظائفها، يجعل بالفصل في دستورية النصوص القانونية تنسى أثرها، ولا يرجعها.

(١) Neese v. Southern R. Co. 350 U.S. 77 (1955).

انظر كذلك:

Farm Products v. Baldwin, U.S., 194 (1934). See also, "The presumption of constitutionality". 31 Col. Law Review (1931), p. 1136.

(٢) يقال بأنه في الدول الليبرالية التي تتوزع سلطة التشريع فيها بين الكونجرس، والمجالس التشريعية في ولايتها، فإن إيلاء الاعتبار لاجتهاد الكونجرس يكون أكبر، وإن دلت التجربة العملية على أن المجالس التشريعية للولايات -وعلى صعيد القوانين التي تقرأ كل منها في نطاقها الإقليمي- تكون أقل خطأ في تشريعاتها من الكونجرس.

كذلك، فإن ما توليه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التي أقرتها Value Judgment، مرده أن هذه الجهة لا تعتبر مشرعا أعلى يزن هذه النصوص على ضوء حكمها أو بواعثها، وعلى الأخص في مناطق يتعذر عليها أن تحيط علما بها، كتظيم السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن في نطاقها بين بدائل متعددة تتراحم على تقدير الحلول الأفضل لها.

ولا كذلك إنكار السلطة التشريعية حقوق الأفراد وحياتهم، أو تقييدها لها بصورة عدوانية. وعلى الأخص ما تعلق منها بضمن تبادل الآراء والأفكار في إطار من القيم التي لا يجوز إجهاضها، والتي تظل بها العقول مفتوحة على كل جديد، متقبلة ما تؤيده من المفاهيم وما تزدريه، فلا يكون مجتمعها مغلقا. بل ثريا بصور من الحوار تتعدد أشكالها، وتنقسم برحابة آفاقها، واتساع دوائرها.

ولا يجوز بالتالي أن نفترض دستورية النصوص التي تظل بهذه الحقوق، بل تعامل بافتراض خروجها على الدستور^(١).

بما موداه أن افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور، نرجحه للمكانة التفضيلية التي تمثلها حقوق الأفراد وحياتهم في النظم القانونية جميعها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي، أن تزن المسائل التي تطرح عليها بمقاييس منطقية.

فما كان منها واقعا في إطار اختصاص رئيس للجمهورية بإدارة الشؤون الخارجية، يظل بعيداً عنها. وما كان منها متضمنا عدوانا على حق أو حرية كلها الدستور، تأخذه بحزمها.

وما كان من أعمال السلطة التشريعية أدخل إلى ملامتها، كالحيازها إلى مفاهيم اقتصادية تتعلق بحرية السوق أو بالضريبة الموحدة، أو بشروط استثمار الأموال الأجنبية فيها، ونوع وقدر المزايا التي تمنحها لها، فإن عليها أن تمتنع عن تقييمها من جديد.

على أن لو تكان جهة الرقابة على الدستورية لتقدير السلطة التشريعية في المسائل التي تنظمها، لا يجوز أن يدل على تخليها عن ولايتها.

(١) Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945).

بل يتعين أن يكون تبنيها لتقدير السلطة التشريعية منطقياً و ملائماً، وعلى الأخص في مواجهة المسائل التي تنظمها السلطة التشريعية، والتي لا يكون للمستور قول فيها، بما يجعلها واقعة في نطاق سلطتها التقديرية التي يحكمها أصل موداه إطلائها من القيود عليها، بشرط أن ترتبط للنصوص التي تقرها -عقلاً- بأهدافها.

كذلك فإن افتراض تطبيق النصوص المطعون عليها مع الدستور، لا يجوز أن يعمل في مواجهة صور التمييز التي تفرضها السلطة التشريعية بصورة تحكيمية متوخية بها تفضيل بعض المراكز القانونية على بعض -كالتمييز بناء على اللون أو العقيدة أو الأصل الاجتماعي أو المرق Ancestry- رغم تماثلها جميعها في العناصر التي تكونها. بل ينبغي أن ينظر إلى كل إخلال بشرط الحماية القانونية المتكافئة، باعتباره مخالفاً للدستور^(١).

رابعاً: فصل نصوص القانون الواحد عن بعضها

The Severability or separability clause

١١٧- الأصل في نصوص كل قانون، هو تكاملها. فإذا حكم بطلان بعضها، فهل يجوز تطبيق باقيها الصحيح، أم تسقط للنصوص الصحيحة تبعاً لإبطال غيرها من النصوص التي احتواها القانون.

تلك هي قاعدة فصل أجزاء القانون عن بعضها. وهي قاعدة حاصلها أن إبطال الجهة القضائية لأجزاء من قانون، لا يمنعها من فصل باقيها عنها وتطبيقها استقلالاً عن الأجزاء الباطلة من القانون، إذا كان هذا الفصل يتفق وإرادة المشرع، وكان بقاء الأجزاء الصحيحة -منظوراً إليها وحدها Staining alone- كافلاً لتحقيق أثرها القانونية^(٢).

وبتعبير آخر، فإن قاعدة فصل نصوص القانون التي أبطلتها جهة الرقابة على الدستورية، عن تلك التي تنظر بالية من أجزائه، تفترض لتطبيقها ألا يكون المشرع قد نظر إلى نصوص القانون في مجموعها باعتبار أن وحدة عضوية تضمها بحيث تتبادل أجزاء القانون الاعتماد على بعضها

(١) Oyama v. California, 332 U.S. 633 (1948). See Also, Antieau, Op. Cit., P. 694; Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488 (1961).

(٢) Chaplinsky V. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Stern. "Separability and Severability clauses in the Supreme Court", 51 Harvard Law Review (1937) P. 76.

البيض Mutually dependent upon one another، ويشترط أن يكون بالإمكان بعد إبطال أجزاء القانون المخالفة للدستور، إعمال باقيها الصحيح كقانون.

Unless it is evident that the legislature would not have enacted these provisions which are within its power independent of that which is not, the invalid part would be dropped if what is left is fully operative as a law^(٢).

بما مؤداه أن موضوع فصل نصوص القانون عن بعضها، يعود دائماً إلى إرادة المشرع التى يتحدد على ضوئها، ما إذا كان يريد حقاً أن تعمل النصوص المتبقية -استقلالاً عن غيرها- كقانون. وتعمل جهة الرقابة على الدستورية فى ذلك حسن نظرها وحكمتها. وعليها بالتالى أن تؤيد كل قرينة بفصل فروع الشجرة -القانون المطعون فيه- عن جنورها.

فإذا دل قصده على أن النصوص التى تضمنها القانون، إما أن تعمل بكاملها، أو تهدر بتمامها، فقد صار متعيناً أن يعامل هذا القانون باعتباره وحدة تتكامل أجزاؤها، ولن تسقط الأجزاء الصحيحة من القانون، بالنظر إلى ارتباطها بالنصوص المعيبة برابطة لا يقبل التجزئة. فلا يكون للقانون -على مجموع نصوصه- من وجود.

على أن أسكنه إرادة المشرع، قد يكون أحياناً أمراً متعزراً. ولا مفر عندئذ من الاعتماد على العلاقة المطلقة الحتمية The inextricable tie التى تربط النصوص القانونية ببعضها. فإذا كان متعزراً عقلاً بعد إبطال جزء منها، أن تستقل باقيها بنفسها، فإن مناط إعمال قاعدة الفصل يكون منتفياً.

ومحكمة الولاية فى الدول الفيدرالية، هى التى تقرر إمكان الفصل أو عدم جوازه، على ضوء تفسيرها مقاصد المشرع المحلى، كالشأن فى تفسير القوانين المحلية الذى يعود أمره إليها بصفة رئيسية. وحين تقرر محكمة الولاية جواز الفصل، فإن قرارها فى ذلك يقيد المحكمة العليا الفيدرالية. فإذا لم تكل محكمة الولاية بقول فى شأن إمكان الفصل، فإن على المحكمة العليا أن تعيد الموضوع إليها كى تقوم بواجبها فى مجال استخلاص إرادة المشرع^(٣).

(٢) وترجمة ذلك أنه ما لم يظهر بوضوح أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية التى يدخل إقرارها فى ولايته، مستقلة عن تلك التى لا تدخل فى هذه الولاية، فإن الأجزاء الباطلة تسقط وحدها، إذا كان بالإمكان تفعل الأجزاء الباقية كقانون.

(٣) Dorchy v. Kansas. 264 U.S. 286, 290 (1924).

وتفترض قاعدة الفصل بين أجزاء القانون، أن يتعلق الطعن بمطاعن موضوعية لا شكلية. ذلك أن القانون الذي لا تتوافر فيه الأوضاع الشكلية التي نص عليها القانون، لا يعتبر تشريعاً قائماً، بل يزول وجوده بكل أجزائه. ولا كذلك عيوبه الموضوعية التي يتصور معها إمكان فصل أجزاءه الصحيحة الباقية، عن أجزائه المعيبة الباطلة.

وقاعدة الفصل هذه Severability Rule، هي التي تثبتها المحكمة الدستورية العليا، وذلك فيما قرره من أن النصوص التي يتضمنها القانون، لا تعتبر ساقطة بكل أجزائها، إلا في إحدى صورتين:

أولاهما: إذا كان ملحوظاً عند إقرار السلطة التشريعية للقانون، ترابط أجزائه فيما بينها، واتصالها ببعض، فلا تكون في مجموعها إلا كلا غير منقسم، بما يؤكد وحدتها العضوية، ويجعل من المتعذر فصل أجزاء القانون عن بعضها. ومن ثم أمر يعود الفصل بين نصوص القانون أصلاً، إلى إرادة هذه السلطة التشريعية^(١).

ثانيهما: إذا كلن ما بقي من أجزاء القانون الصحيحة، بعد فصلها عن أجزائه المعيبة، يتصور عن الوفاء بالأغراض التي استهدفها المشرع عند إقراره للقانون^(٢).

وينبغي أن يلاحظ أنه حتى لو أضح المشرع عن إرادة فصل نصوص القانون عن بعضها إذا تقرر إبطال بعض أجزائها، فإن شرط إجراء هذا الفصل، ألا يكون قد ظهر لجهة الرقابة القضائية على الدستورية - ومن خلال علاقة منطقية بين نصوص القانون - أن فصلها عن بعضها، غير متصور عقلاً^(٣).

وعلى من يدعى إمكان فصل باقي أجزاء القانون الصحيحة، عن تلك الباطلة، أن يقدم الدليل على دعواه، وأن يبرهن بالتالي على أن المشرع قصد إلى إسقاط النصوص الباطلة وحدها، لتبقى

(١) ولا يخفى ذلك أن خفاء هذه الإرادة، يتم قرينة قانونية ضد الفصل. إذ القول بمثل هذه القرينة نظر مقوم. ذلك أن المشرع قد يسهو عن إعلان إرادته في شأن جواز أو حظر الفصل، فلا يبقى أمام المحكمة إلا أن تتجه بالنسبة لاستنباه إرادته.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠/١٠ - ص ١٣٥ - ١٣٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) Carter v. Carter Coal Co. 298 U.S. 238 (1936).

أجزاءها الصحيحة معمولاً بها، وليس بشرط أن يكون الدليل على توافر هذا القصد مقطوعاً به، بيل
يكفى الدليل على رجحان ذلك القصد.

ذلك أن فصل أجزاء القانون عن بعضها يناقض تكاملها Entirety، ويفترض إمكان تجزئتها
Divisibility. وهو افتراض يناقض الأصل في الأشياء. وكان منطقياً بالتألي أن تسقط المحكمة
نصوص القانون بتمامها. إذا كان ما بقي منها بعد إبطال بعضها يستحيل أن يقوم وحده، أو كان
إعمال هذا الباقي يناقض إرادة المشرع.

خامساً: تطبيق القاعدة الضيق نطاقاً لحكم النزاع

١٨- وعلى جهة الرقابة على الدستورية في مجال فصلها في المسائل الدستورية المطروحة
عليها، أن تصوغ في أضيق نطاق، القاعدة التي يقوم عليها حكمها في شأن هذه المسائل، فلا تتجاوز
في اتساعها حدود متطلباتها^(١) The narrowest language possible.

فإذا كان نطاق القاعدة التي قام قضاء الحكم معمولاً عليها، مجاوزاً في مدها، من حدود
وقائمه، فإن ما وقع فيه التجاوز يكون زائداً عن حاجة للدعوى الدستورية. فلا تقوم به دعائم الحكم
الصادر فيها.

ويتصل بهذا المبدأ، ما هو مقرر من أنه متى كان القانون في مجال تطبيقه على شخص
معين- لا يخل بحقوقه التي كفلها الدستور، فإن الطعن عليه بمقولة أن تطبيقه على آخرين أو على
مراكز قانونية مختلفة، قد يكون مخالفاً للدستور، لا يجوز سماعه.

ذلك إن من غير الجائز أن يزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية إلى تحليل كامل
للنصوص القانونية المطعون عليها، يسعها في كل تطبيقاتها التي تنتم بالتفيد والشمول. لا استثناء
من هذه القاعدة، إلا إذا كان النظر في النصوص القانونية المطعون عليها، يؤكد شدة غموضها أو
انحيازها، أو وقوعها فيما وراء السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق. إذ يتعين أن
تعالمل هذه النصوص عندئذ باعتبارها مشتبهاً فيها من وجهها، وأن ترصد جهة الرقابة على
الدستورية كل تطبيقاتها المحتملة، ووفقاً عليها وتقيماً لها.

^(١) Garner v. Louisiana 368 U.S. 157 (1961); United State v. Raines 362 U.S. 17. (1960).

ويرتبط بحظر تقرير جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لقاعدة تكون بمداها، زائدة على حاجة النزاع المطروح عليها، ألا تكون القاعدة التي صاغتها جهة الرقابة على الدستورية موجهة فقط لحل نزاع قائم جلية وقلامة، حاضرة ظروفه؛ وإنما تحسباً لنزاع محتمل قد تأتى به الأيام مستقبلاً^(١). فلا تكون تقريراتهم المجاوزة حدود النزاع، إلا شبيهة بالأراء الاستشارية التي يبذلونها فى غير خصومة^(٢).

سليماً: تحقيق جهة الرقابة القضائية لوالاعة للنزاع

١١٩- ولغضلاً عما تقدم، فإن الفصل فى المسائل الدستورية كثيراً يكون معلقاً على قرار تتخذه جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى شأن حقيقة واقعتها. ويبدو ذلك جلياً عند الفصل فى دستورية إجراء اتخذ بالقبض على شخص معين أو احتجاز. إذ يتعين أن يكون هذا الإجراء معقولاً كشرط لتقرير دستوريته. ولا تتحدد هذه المعقولة إلا على ضوء عناصر والاعة محل القبض أو الاحتجاز.

كذلك فإن مناهة حرية تداول الآراء، هو أن يكون عرضها أو ترويجها مقترناً بمخاطر واضحة حدثها، وحالة فى إحداثها. وهو أمر يتصل بالضرورة بمضمون هذه الآراء وكيفية عرضها، وحدود ترويجها. وجميعها وقلع ينبغي تحقيقها قبل الفصل فى المسائل الدستورية المتصلة بها. وينتزع عما تقدم أمران:

أولهما: أنه كلما كان الفصل فى المسائل الدستورية معلقاً على واقعتها، فإن تحقيقها يدخل فى ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ولو كانت هذه الوقائع ذاتها قد تحررتها جهة غيرها. ذلك أن تقرير جهة الرقابة لحكم القانون فى شأن واقعة بعينها، يلزمها بأن يكون دليل ثبوتها بيدها.

ثانيهما: أن كل إخلال بالحقوق التى نص عليها الدستور، يفترض أن يتطرق بمضمونها وبآثارها القانونية *In substance and effect* وأن يكون مرتبطاً بولاعاتها التى يحتر تحقيقها إجراء ضرورياً لتنفاذ هذه الحقوق، وإعطائها معانيها^(٣).

(١) Brown v. Maryland, 25 U.S. [12 wheat] 419 (1927).

(٢) Chester J. Antieau, Modern Constitutional law, volume two, 1969, p.699.

(٣) Norris v. Alabama, 294 U.S. 587-590 (1935).

فحق الفرد في الحرية، يقوضه أن تقوم السلطة بتعذيبه. فإذا أقر بعد تعذيبه، بالجريمة المنسوبة إليه، فإن تحقيق هذه الواقعة يكون لازماً للفصل فيما إذا كان هذا الشخص قد حوكم بطريقة منصفة تتواءم فيها كل ضمانات يقضيها الدفاع عن حرية الشخصية وأمنه.

وبغير هذا التحقيق، فإن جهة الرقابة على الدستورية، لن تستطيع الفصل فيما إذا كان العدوان على الحق أو الحرية جوهرية، أم أن القيود عليهما قد اقتضتها الضرورة، ومن طبيعة ثانوية لا ينحدر بها الحق أو الحرية إلى حدود لا تسمح بمباشرة عملا.

بما مؤداه، أن الفصل في المسائل الدستورية كثيرا ما يكون معلقا على وقائعها التي يدل ثبوتها على وقوع إخلال بالحق أو الحرية التي كفلها الدستور، فلا يكون تحريرا أو استكمال ما نقص من عناصرها، إلا عملا قضائيا واقعا في الحدود التي نص الدستور عليها.

وكمثال على ما تقدم، فإن تعلق الطعن بمطبوع داصر، لا يخول قضاء جهة الرقابة على الدستورية، قراءة كل كلمة تضمنها هذا المطبوع لتحديد قيمته الاجتماعية، وإلا انحل عملهم إلى نوع من الرقابة يفرضونها على كل مادة بها قدر من الاستهواء أو الاستنارة.

وفي مجال الفصل في الطعون الموجهة إلى النصوص القانونية في شأن مخالفتها لشروط الوسائل القانونية السلمية، فإن كل واقعة كان لها أثر في إقناع أعضاء السلطة التشريعية بتأييد القانون أو رفضه، ينبغي أن تحققها جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

وعليها - وفي حد أدنى - أن تحقق في الأوضاع التي كملت تحيط بإقرار القانون، وما إذا كان قد ألح في دفع الشرور التي قصد إلى مواجهتها؛ فضلا عن طبيعة ونطاق الأضرار التي يكون قد ألحقها بالذين عارضوه؛ وما إذا كان بإمكان السلطة التشريعية، أن تكفل تحقيق الأغراض التي توخاها من القانون المطعون فيه، بوسائل أكثر معقولة.

فإذا بان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن القانون المطعون عليه لم يكن فاعلا في مواجهة الشرور التي قصد إلى دفعها؛ أو أن هذا القانون ألحق بالمدعين في الخصومة الدستورية ويغريهم ممن يمانئونهم في مراكزهم القانونية، أضرارا لا يستهان بها، ودون ما ضرورة، فإن عليها أن تبطل القانون لمخالفته شرط الوسائل القانونية السلمية.

وكذلك الأمر إذا ظهر لها أن الأغراض المشروعة التي توخاها القانون، كان يمكن تحقيقها بوسائل أخرى أكثر معقولية^(١).

كذلك تولى جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية اهتماما خاصا بكل واقعة يكون لها أثر حاسم في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية.

فإذا كان القانون المطعون عليه، يفرض قيودا على تداول الخمر بالنظر إلى الآثار الخطيرة المترتبة على الإسكار، والتي يندرج تحتها الإضرار بالصحة العامة وبالنظم الخلقية فسي الجماعة، ويتفق الفتر والعوز والجريمة، والهمم الخائرة بين أفرادها، وغلبة الفوضى في محيطها، وعلى الأقل على نموها، فإن هذا القانون -وبالنظر إلى هذه الوقائع التي يقوم عليها الدليل إحصائيا- لا يكون مخالفا للدستور^(٢).

سابعاً: رفض نظرية الخطأ المنفرد

١٢٠- نفترض هذه النظرية أن بعض الحقوق التي كفلها الدستور، قد تمسها في مجال تطبيقها مخالفة هينة يجوز التجاوز عنها باعتبارها خطأ منفرد Harmless Error.

يبد أن هذه النظرية معيبة في ركائزها، وفي الآثار القانونية المترتبة عليها حتى في مجال تطبيقها بالنسبة إلى بعض الحقوق، كحقوق المتهم.

ذلك إن ضمان هذه الحقوق بكاملها يعتبر شرطاً جوهرياً لمحاكمته بطريقة منصفة لصلتها الوثيقة بإدالته أو براءته. بل أن سكوت المشرع على بيان مفردات وعناصر هذه الحقوق، يعتبر إغفالاً تشريعياً مستوجباً إبطال القانون.

ولا يتصور بالتالي أن تتحدد دستورية النصوص القانونية التي تفل بهذه الحقوق، على ضوء درجة خروجها عنها، وأن يصححها أو يبطلها خطأ يتصل بتطبيقها، على ضوء درجته، إذ هي مخالفة واحدة للنص في الدستور، لا تتدرج مراتبها. وحكمها هو البطلان في كل صورها.

(١) Southern pac. Co.v. Arizona, 325 U.S. 761 (1945); Bibb v. Navajo Freight lines (1959) 359 U.S. 520; Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934).

(٢) Mugler v. Kansas (1887) 123 U.S. 623, 662.

ولا يتصور كذلك، أن يحل مفهوم الخطأ المغفر، إلى قاعدة عامة تتصل بكل الحقوق التي كفلها الدستور.

ذلك إن القول بإمكان التجاوز عن صور من الخطأ محدودة الأثر Harmless Error يفترض رصد هذه الصور في كلفة مظان وجودها، وأن يجمعها معيار عام يسعها في كل أحوال تطبيقاتها، لتحدد على ضوءه ما يكون من الخطأ جسيماً فلا يجوز التسليم فيه، وما يعتبر من صورته أقل حدة بما يجيز التفاوض عنه.

فالخطأ هو المخالفة الدستورية في ذاتها، وهي لا تتجزأ بطبيعتها، ولا تكون متفاوتة في درجتها.

وليس لها من أثر سوى إبطال النصوص القانونية التي أصابها عوار مخالفتها للدستور.

يؤيد هذا النظر، أن الرقابة القضائية على الدستورية في كثير من الدول، مردها إلى مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، ولا شأن لها بكيفية تطبيقها عملاً. ذلك أن الخطأ في تأويلها سواء بفهمها على غير معناها أو بتحريفها، لا يوقعها في حماة مخالفة للدستور، إذا كانت تلك النصوص صحيحة في ذاتها على ضوء أحكامها^(١).

وربما كان لنظرية الخطأ المغفر وجه شبه بنظرية العقوبة المبررة المعمول بها في قضاء محكمة النقض المصرية^(٢). ذلك أن نظرية العقوبة المبررة وإن كان من شأنها ألا تنقض محكمة النقض حكماً وإن المتهم بالجريمة بذاء على وجه قانوني خاطئ، إذا كانت العقوبة المقضى بها تدخل

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ١٨٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وعكس ذلك، الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية التي تأخذ محكمتها العليا بنظرية الخطأ المغفر في مجال الاتهام الجنائي وذلك بقولها:

There may be some constitutional errors which in the setting of a particular case are so unimportant and insignificant that they may, consistent with the Federal Constitution, be deemed harmless, not requiring the automatic reversal of the Conviction. [Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967)].

(٢) انظر في نظرية العقوبة المبررة وأوجه نقدها ص ٣٩٦ وما بعدها من مؤلف الدكتور فتحي سرور في النقض في المواد الجنائية طبعة ١٩٩٧.

في نطاق العقوبة التي كان يجب الحكم بها؟، إلا أن هاتين النظريتين تفترضان خطأ غير ضار في أحكام قضائية صدرت بالإدانة، إلا أن الرقابة القضائية على الدستورية في مصر لا تتعلق بأحكام أصدرتها السلطة القضائية. وإنما بالنصوص القانونية وحدها كي تقابلها بالدستور للتحقق من تطابقها معها أو خروجها عليها.

ثامنا: الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

١٢١- لا يجوز في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن نخوض في اختصاص ليس لها، ولا أن نتخطى عن اختصاص نبط بها. ذلك تسليها من ولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، محظوران دستوريا. لا يجوز بالتالي، أن نتخصص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازما، ولو قارنتها معاذير لها خطرهما.

وهي تؤكد كذلك ضرورة أن تنحصر رقابتها في حدود منطقية. فلا يكون التدخل بها مؤنسا بانفلاتها من كوابحها بل متوازنا بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كأداة تكلل في أن واحد سيادة الدستور من جهة، ومباشرة السلاطين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتهما التقديرية دون عائق من جهة أخرى.

ومن ثم تكون الضرورة في صورتها المطلقة، هي مناط تدخل المحكمة الدستورية العليا برقابتها القضائية، فلا تفصل في دستورية نص تشريعي في غير خصومة أو في خصومة لا تتناقض بشأنها مصالح أطرافها بما يحقق تصالحها؛ ولا في دستوريته نصوص أفاد الطاعن من ثمارها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وليس لها أن تفصل في دستورية نصوص قانونية إذا كان بوسعها أن تؤسس حكمها في شأن النزاع المتعلق بها، على قاعدة لا نص عليها في الدستور. وعليها في كل حال إلا تفصل في خصومة دستورية قبل أولائها، ولا أن تنزل على الخصومة المطروحة عليها قاعدة من الدستور تجاوز باتساعها الحدود التي يقتضيها الفصل في النزاع^(١).

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "دستورية عليا - قضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية" دستورية" جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٣٠٢/٢٧ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنها لا يجوز أن تتضمن من اختصاص نيطس بها وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما. وعليها كذلك -رينفس القدر- ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، ممتنعان من الناحية الدستورية.

ولا يجوز من ثم، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لابتها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرها.

بيد أن ذلك لا يحى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى أفاق تجاوز مقتضياتها، ولا مباشرتها دون قيود تتوازن بها.

بل يجب أن تكون هذه الرقابة -لضمان فاعليتها- محددة طرائقها ومداخلها، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحدها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة في حدودها المطلقة، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بلافاتها من كوابحها، بل متوازناً، بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها، كأداة تكفل فسى أن واحد سيادة الدستور، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق. ومن ثم كان اللجوء إليها مقيداً بضرورة أن يكون التدخل بها لازماً ومبرراً، وبوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً.

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص تشريعي في غير خصومة، تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يكن بعد أول إنسانها، أو تجاوز باتسامها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها.

وليس لها كذلك، أن تباهر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح على أساس آخر غير الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص المطعون فيه. وكذلك إذا كان الطاعن قد أقاد من مزاياءه أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً.

وعليها دوماً -وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الشرعية الدستورية- أن تستوفى ممسا إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته^(١).

وهذه الضوابط جميعها المعمول بها في التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، تعود جميعها في منتهىها إلى حقيقة قانونية تلزمها بالآ تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

"أن الرقابة القضائية التي نباشرها لا تعتبر إجراء احتياطياً، بل ملاذا نهائياً، وعليها بالتسلي ألا تفصل في الخصومة المطروحة عليها كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها، إلى أساس آخر يستقيم معها ويصححها^(٢)."

ولئن كان من المفترض في النصوص القانونية -كأبـ عام- هو حملها على أصل صحتها؛ وكان اللجوء إلى الرقابة القضائية لا يجوز إلا بوصفها ملاذاً أخيراً ونهائياً، فإن من الصحيح كذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية يفترض استولاها على عناصر تقييمها، وتطبيق المسائل التي تطرحها، بنزاع لا زال حياً، دخلياً في ولايتها، فلا يكون الفصل قضائياً فيه مجرد رخصه بجواز التصاميم فيها.

تليها: تقييم ضوابط الرقابة الذاتية على الدستورية

١٢٢- والضوابط المتقدمة جميعها لا ينفاهها حكم العقل، ولا تتأبى على طبيعة الوظيفة القضائية، بل هي لتأجها.

لها يقال من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل في مسائل دستورية في غير ضرورة ملحة، مرده أن رقابتها على الشرعية الدستورية حذرة بطبيعتها، وأن الخصومة القضائية لا يجوز رفعها قبل أوانها، ولا الفصل فيها بعد أن صار النزاع عقيمًا. فلا ترتجى منها فائدة لها شأن.

(١) الحكم السابق.

(٢) "دستورية عليا" -للقضية رقم ٦ لسنة ١٧ الضائية دستورية - قاعدة رقم ٢/٢٤ - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ من ٥٧٤ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

والقول بأن حكمها في المسائل الدستورية، لا يجوز أن يجاوز حدود وإقتاتها، مؤداه أن قضاءها في الخصومة الدستورية لا يجوز أن يكون زائداً على حاجتها. ذلك أن حكمها في الخصومة الدستورية يستقيم بغير حيثياتها الزائدة التي لا حجة لها لأن منطوق الحكم يقوم بدونها، فلا ترتبط به ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

ولأن الأصل في المصلحة، أن تكون قائمة، وأن يقرها القانون، فقد تعين القول بانتقائها في الخصومة الدستورية، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاي النصوص القانونية المطعون عليها، أو كان تطبيقها لم يلحق به ضرراً فعلياً ومباشراً.

وما قررناه من أن الرقابة القضائية على الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة للمخالفة الدستورية، مردّه أن هذه الرقابة مناطها الضرورة. وهي تكون كذلك كما كانت النصوص القانونية المطعون عليها، عصبية على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور^(١).

بما مؤداه أن الضوابط الذاتية للرقابة على الشرعية للدستورية، أدخل في مجموعها وحققتها، إلى خصائص الوظيفة القضائية التي يتحقق مناط مباشرتها، كلما كان النزاع المعروض على جهة الرقابة حياً، وفي حدود أبعاده؛ وعلى ضوء توافر المصلحة الشخصية والمباشرة فيه أو تخلفها؛ ويرمى يكون وسطاً بين رقابة على الشرعية للدستورية تنسم بتهورها، ورقابة من نوعها تبلور نراجعها^(٢).

كذلك فإن ما تقتضيه الوظيفة القضائية من تناقض مصالح الخصماء في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها، علته أن مفهوم النزاع يفترض تحقق هذا التناقض، وأن يكون النزاع حقيقياً وحاداً. فلا خصومة بغير نزاع.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق/دستورية- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٧- من ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

(٢) راجع في ذلك الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ -قاعدة رقم ٢/٢٧ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الفصل السابع

الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تتعلق بها

المبحث الأول

خصائص القواعد التي يتطلبها الدستور

١٢٢- تتوخى القواعد التي يفرضها الدستور، أن يكون لكل سلطة أنشأها، قواعد يستقيم بها بنيتها وخطوات حركتها، ودائرة عمل فيها، وقما تنزل عليها، ومقاصد تبتنيها؛ وأن يكون تعاونها مع غيرها واقعا في الحدود التي رسمها الدستور؛ وأن تتوفر لكل حق أو حرية الضمانة التي تضمن عليها بما يصون جوهرها.

والسلطان التشريعي والتنفيذي معيتان أصلا بهذه القواعد التي يفرض إعمالها إسم الجماعة وثوابتها، خاصة وأن الأصل في السلطة التنفيذية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها قيوداً تبين نفوسها، سواء في ذلك ما كان من هذه القواعد متصلاً بالأشكال التي تفرغ فيها النصوص القانونية؛ أو بضوابطها الموضوعية التي تحتم تلاقيها مع المضمون الموضوعي لقواعد الدستور.

وفيما يجاوز قواعد الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية، فإن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية تغد مرراتها؛ ولو كان المدعي في الخصومة الدستورية قد ألتصها للدفاع عن مثل عليا يؤمن بها؛ أو تثبتا لقيم ينحاز إليها؛ أو توكيدا لأشكال ديموقراطية يطلبها؛ أو لإنهاء لجل يصور حول ملامحة النصوص القانونية المطعون عليها، أو حكمتها، وما إذا كان لتقريرها من ضرورة، بل يتعين أن يستند عوارها إلى شكلية تطلبها الدستور فيها، ولكنها فارتقتها؛ أو إلى ضوابط موضوعية ألزمها الدستور بمراعاتها، ولكنها نقضتها.

وفيما عدا الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، فإن كل عيب آخر، إما أن يندرج في إطار العيوب الموضوعية بمعنى الكلمة، وإما أن يأخذ حكم العيوب الموضوعية، كمعيب إمادة استعمال السلطة.

المبحث الثاني الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٤- يكون العوار في النصوص القانونية شكليا، إذا قام على مخالفة الأوضاع الإجرائية التي تتطلبها الدستور فيها، سواء في ذلك ما كان منها متصلا باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية؛ أو ما كان منها متعلقا بالشروط التي يفرضها الدستور في شأن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها حال غياب السلطة التشريعية أو بتقويض منها^(١).

ذلك هو الضابط العام في الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص القانونية؛ لا يحيط بها في كل صورها، وإنما يتناولها في جوانبها الأكثر شوعا، وفي الأعم من تطبيقاتها^(٢).

كذلك لا يورد الدستور القيود الشكلية التي تتطلبها في النصوص القانونية، في مكان واحد، وإن كان تفرق مواضعها لا يفيد لتجهيل بها، ولا يزيل عنها صفاتها كضوابط إجرائية فسي النصبتوص القانونية. ذلك أن قيود الدستور -كلما توافر عنصر الإجراء فيها- تكون شكلية بطبيعتها.

- فالأغلبية الخاصة التي تتطلبها المادة ١٧٥ من الدستور لتقرير الأثر الرجعي للنصوص القانونية، شكلية إجرائية لا بد من استيفائها لإجراء هذا الأثر^(٣).

- والمعاهدة الدولية التي لا يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، تقتصر إلى الشكلية التي تتطلبها المادة ١٥١ من الدستور فيها، فلا تعد قانونا نافذا.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ٥/٢ - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) أنظر في ذلك "مستورية عليا" الدعوى رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٧ - ١٠٥٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "مستورية" عليا - القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" - قاعدة رقم ٧/١٢ - جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٣ - ص ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. فقد دل هذا الحكم على أن توافر الأغلبية الخاصة التي تتطلبها الدستور لإقرار الأثر الرجعي للمادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية، يتعلق بمطاعن شكلية صرفة. وليس من شأن هذه المطاعن أن تظهر للنص المطعون عليه من مثالبه الموضوعية.

>>إن الطعن بعدم دستورية نص في اتفاقية دولية، إما يطرح بحكم اللزوم توافر متطلباتها الشكلية التي استلزمها المادة ١٥١ من الدستور، ليكون لها قوة القانون، وتلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة(<<).

وعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية قرارا بقانون أصدره بتقويض منها أو غسي غيبته، شكلية إجرائية تطلبها المادتان ١٠٧ و ١٤١ من الدستور. فإذا أهل رئيس الجمهورية استيفاء هذا الإجراء، صار القرار بقانون ملحقا منذ صدوره.

ونشر القاعدة للقانونية في الجريدة الرسمية من أشكالها التي يرتبط وجودها بها.

ذلك إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، شرط لا لبائهم محتواها. ويفترض نفاذها بالتالي إعلانها من خلال نشرها، وحلول المبدأ المحدد لبدء سريانها.

ومن ثم يرتبط سريان القاعدة للقانونية وحمل المخاطبين بها على السنول عليها، بولعتين تجريان معا وتكاملان -وإن كان تحقق ثابتهما مطق على وقوع أولاهما- هما واقعة نشرها، وواقعة القضاء للمدة التي حددها المشرع لبدء العمل بها.

فإذا لم تنطبعا على هذا النحو؛ وكان من المقرر أن القاعدة القانونية لا تعتبر كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التي تميز بينها وبين القواعد الخلقية؛ فإن خاصيتها هذه تعتبر جزءا منها، فلا تستكمل مقوماتها بقوتها.

يؤيد هذا النظر أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلاقتها ونوع أحكامها، واتصالها بمن يعنونهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها.

ومن ثم يكون هذا النشر كافلا وقرعهم على ماهيتها ونطاقها؛ حلالا دون اتصالهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقوئا، أو كان إدراكهم لمضمونها واهيا.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٣٠/هـ - ص ٤٢٣ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

وحملهم قبل نشرها على النزول عليها -هم من الأغيار في مجال تطبيقها- إخلال بحقوقهم أو بحرياتهم التي كفلها الدستور، دون التقيد بالوسائل القانونية السليمة التي حدد تخومها وفصل أوضاعها.

وصار أمراً مقضياً في كل قاعدة قانونية لا تنشر، أنها لا تتضمن إخطاراً كافيًا بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم^(١).

وغير صحيح القول بأن القاعدة القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها:

ذلك إن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تستهضئ تلك النصوص التي تم تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها.

إذ يعتبر إخضاعهم لها، تخطأ فعلياً Actual interference في شؤونهم، ملحقاً ضرراً باديًا أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصورها نظرياً.

فضلا عن أن الخصومة الدستورية لا يجوز أن تتعلق بنصوص قانونية كان تطبيقها متراخياً فلم يحن بعد أو أن إعمالها Pre-enforcement؛ ولا بنصوص قانونية طال إهمالها، بما يفيد إرادة التخلي عنها بعد نشرها. Dormant provisions.

فإذا كان فرضها على المخاطبين بها، واقعاً قبل نشرها، أخل سرينها فسي شأنهم بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد العدوان عليها عملاً مخالفاً للدستور^(٢).

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٧٣- ص ١٠٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٧٣/٤- ص ١١٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثالث

ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٥- وينبغي أن يلاحظ في شأن الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص القانونية، ما يأتي:

أولاً: أن توافر الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص المطعون عليها، يقتضي أن تستوفي جهة الرقابة بنفسها من انتفاء كل مخالفة لهذه الأوضاع أيا كان وجهها أو موقعها من الدستور^(١).

ثانياً: أن الأشكال التي حتم الدستور إفراغ النصوص القانونية فيها، تحظر من قولها التي لا يكتل لهذه النصوص كيانها بدونها. فإذا لم يصبها المشرع في قولها هذه، زال وجودها كتقواعد قانونية يتقيد المخاطبون بها بالنزول عليها، فلا تصير غير عاجز دخل خافية.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا: <لأن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم إلا بها، ولا يكتل بنيانها أصلاً في غيبتها، لتقتد بتخلفها وجودها كتقواعد قانونية تتوافر لها خاصية الإلزام^(٢)>.

ثالثاً: تتحدد دستورية الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية، على ضوء ما لزمته في شأنها، أحكام الدستور الذي فرضها^(٣).

ذلك أن النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانبه الشكلية، لا يتصور إخضاعها لغير الأوضاع الإجرائية التي كان ممكناً إدراكها عند إقرارها أو إصدارها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١/١٣ ص ١٦٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ ص ٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ١/٩ ص ٣٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك العيوب الموضوعية في النصوص القانونية، إذ مرد الفصل في توافر هذه العيوب أو تخلفها، إلى الدستور القائم وقت صمم الخصومة الدستورية.

رابعاً: الأصل في للرقابة على الدستورية التي تتركز في جهة قضائية واحدة، أنها تتناول بكافة المطاعن الموجهة إلى النصوص القانونية الشكلية منها والموضوعية. ذلك إن قصر الرقابة المركزية على المطاعن الموضوعية وحدها، مؤداه أن يعود الخوض في عيوبها الشكلية إلى رقابة الامتناع التي كان زمامها بيد المحاكم جميعها، لتفصل في توافرها أو تخلفها بأحكام يناقض بعضها البعض، بما يخل بالوحدة العضوية لنصوص الدستور سواء من جهة محتواها، أو من زاوية الأشكال التي فرضها الدستور على المشرع^(١).

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ٣/١٢ ص ٥٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابع

النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية

١٢٦- نفترض عيوبها هذه، أن يناقض مضمون القاعدة القانونية، حكما موضوعيا في الدستور.

كذلك فإن إقرار السلطة التشريعية لنصوص قانونية انحرفا بها عن مقاصد حدها الدستور، وتكفيها بالتالي لأغراض عيبتها، مؤداه أن مقاصده من هذه النصوص من مكوناتها، فلا ينفصل بينها عنها، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية^(١).

وإذا كان من المقرر أن للنصوص القانونية لا تغير كذلك، إلا إذا أقرها المشرع في قولها الشكلية التي لا تقوم هذه النصوص بدونها، ولا يكون لها وجود بتخلها؛ وكان من البدء أن المسائل التي لا يقوم قضاء الحكم صحيحا قبل بحثها، تنقسم غيرها؛ وكان إحياء النصوص القانونية التي أغفل المشرع صلبها في قولها الشكلية، لا يبدو أن يكون جهدا ضائعا؛ فقد تعين القول بأن القانون بمعنى الكلمة، إنما يمثل في تلك النصوص التي أقرها المشرع بعد استيفائها للأوضاع الشكلية التي يرتبط وجودها بها.

ومن ثم تنقسم الشكلية في النصوص القانونية، على متطلبات إخضاع مضمونها لقواعد الدستور في محتواها.

فلا تخوض جهة الرقابة على الدستورية في مطاعن من طبيعة موضوعية، قبل تقصيرها لشكلية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ وإلا كان نظرها في المطاعن الموضوعية غير متعلق بقانون بمعنى الكلمة^(٢).

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١ أيلول ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥/٢٢ - ص ٣٤٩ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٣/٢٢ - ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك ما يدعى به من تعارض بين نص قانوني مطعون فيه من جهة وبين مضمون قاعدة في الدستور تحكم هذا النص من جهة أخرى.

ذلك إن الفصل في هذا التعارض سواء بتقرير قيام المخالفة الموضوعية المدعى بها أو بنفيها - يفترض لزوما استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيه^(١).

ويتعين دوماً الرجوع إلى أحكام الدستور القائم، للفصل في اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها أو تعارضها مع مضمون قواعد.

ذلك أن قواعد الدستور من جهة مضمونها، هي التي تقيم مجتمعها وفق الصورة التي ارتأتها، وعلى ضوء القيم التي احتضنتها، والتي لا يجوز تحديد ملامحها وفق نصوص تضمنها دستور سابق، وإلا كان للدولة الواحدة نظامان قانونيان قائمين في وقت واحد لكل منهما وجهة مختلفة. وهو ما لا يتصور بالنظر إلى هذين النظامين يتصادمان بالضرورة، ولا يحل بالتالي تطبيقهما في آن واحد، وإنما يتعين أن تكون الغلبة للدستور القائم وحده لإحكام كافة العلاقات القانونية التي تثار في ظله، سواء في ذلك ما نشأ منها سابقاً على نفاذه أو بعد العمل به.

ويتعين بالتالي تحية الدستور القديم عند الفصل في المطاعن الموضوعية حتى لا يفرض هذا الدستور الظلمة التي كان يقوم عليها، على أوضاع قائمة نبتتها^(٢).

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور، وعلوها على ما نونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، والتي ترتبط بها الأسرة كذلك بوصفها قاعدة بنيانها ومخيل تكوينها، تقتضي إخضاع القواعد القانونية جميعها - ولما كان تاريخ العمل بها - لأحكام الدستور القائم، لضمان اتساقها والمفاهيم التي أتت بها، فلا تتفوق

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢/١٢ و ٣ و ٤ - ص ١٤٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) لو تصورنا أن الدستور القائم تبني نظاماً اشتراكياً كاملاً على خلاف دستور سابق يحكمه توجه رأسمالي، فإن دستورية القوانين المطعون عليها لميب موضوعي، تتحدد على ضوء الأكتف الاشتراكية لا الرأسمالية.

هذه القواعد -في مضامينها- بين نظم مختلفة يلائق بعضها البعض، بما يحول دون جريئتها وفق الضوابط ذاتها التي يتطلبها الدستور لقيام في شأن تلك القواعد، كشرط لمشروعيتها الدستورية^(١).

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن قواعد الدستور في جوانبها الموضوعية، هي التي تعكس القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية، وكذلك الأسس التي تنظم الجماعة وضوابط حركتها. فإذا جاوزتها النصوص القانونية المطعون عليها، صار إبطالها لازماً^(٢).

ولا يعتبر رفض جهة الرقابة على الدستورية للمطاعن الشكلية الموجهة إلى النصوص القانونية، مظهرًا هذه النصوص من مثالبها الموضوعية، بل يجوز النظر في عيوبها الموضوعية بعد رفض مطاعنها الشكلية^(٣).

ولا كذلك قضاء جهة الرقابة على الدستورية في شأن تحقق العيوب الموضوعية فسي للنص القانوني المطعون فيه. ذلك إن فصلها في هذه المطاعن، يفيد ضمناً -وبالضرورة- استيفاء هذا النص للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيه، بما يحول دون بحثها من جديد^(٤).

(١) "دستورية عليا" لل قضية رقم ٨١ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١/٩٦ - من ١٢٨٦ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" لل قضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - المساعدة رقم ٨/١٢ و ٩ - من ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" لل قضية رقم ٨٩ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - المساعدة رقم ١/٣٦ - من ٣٣٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" لل قضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ - من ٥٣ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

المبحث الخامس

الحجية المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية

الطيا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً

١٢٧- وسواء كان إبطال المحكمة للنص القانوني المطعون عليه، مرده إلى شكلية فوتها، أو إلى خروجه على حكم موضوعي في الدستور، فإن النص في الحالتين يتجرد من قوة نفاذه، فلا يجوز تطبيقه، وعلى الأخص من قبل سلطات الدولة جميعها بما فيها السلطة القضائية. بل أن الحجية المطلقة التي يحوزها قضاء المحكمة فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، تفيد كذلك الناس جميعهم، وتجريد النص القانوني المطعون عليه من القوة التي كان يحوزها قبل الحكم بعدم دستورية، يلغى وجود هذا النص، فلا يبقى موجوداً على صعيد الحياة القانونية بعد زوال كل الآثار التي كان يرتبها. ولا يتصور عندئذ تقرير بطلان جديد في شأن هذا النص. ذلك أن تقرير بطلان جديد في شأن نص لم يعد موجوداً، مؤداه أن يرد البطلان الجديد على نص قانوني غير قائم، وهو ما لا يسوغ في حكم العقل^(١).

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٤٤/١/١ - قاعدة رقم ١/١١ ص ١١٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ أيار ١٩٩٤ - قاعدة ٣/١٥ ص ١٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

الفصل الثامن

الرقابة القضائية على الدستورية: موجهاتها

١٢٨- تبشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية مهامها باعتبارها حامية للدستور، وعليها بالتالي أن تحدد نطاق تطبيقه ومعانيه من خلال تفسيرها.

ذلك أن تطبيقها للدستور على واقعة بعينها، يقتضيها أن تعطي لأحكامه دلالتها، وأن ترد إليها وتقرس عليها، الأعمال التي تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، خاصة مع غموض الدستور في كثير من جوانبه.

ويظل اجتهد جهة الرقابة القضائية على الدستورية متواصلًا في مجال تحديدها معاني الدستور ومتواليًا على صعيد إحداثها حقوقًا جديدة لا نص عليها فيه، وإن اعتبرتها من قبض قواعده لتبتد أحكامه شيئًا فشيئًا عن الصيغة التي أفرغ أصلها، ويظهر الدستور في النهاية وكأنه موجود ظلال باهتة للصورة الأولى التي كان عليها، وعلى الأخص من خلال مبادئ دستورية تضفيها إلى الدستور، وكأنها تقوم بعملية خلق لوثيقة جديدة لها ملامح مختلفة عن الصورة التي كان الدستور عليها.

ويظهر ذلك بشكل أكثر وضوحًا في الدول الفيدرالية حيث تقوم جهة الرقابة القضائية على الدستورية، رباطًا وثيقًا بين ولاياتها من جهة، وبين القيم التي احتضنها دستور الاتحاد من جهة أخرى، لتمد دائرة تطبيقها إلى أقاليمها بكل مكوناتها، إلى حد القول بأن جهة الرقابة على الدستورية لم تعد تقصر القانون، ولكنها تصنعه من خلال مفاهيم توجهها، وتتخذها نقطة انطلاق لأحكامها في بنينها ودعائمها. لا قيد عليها في ذلك، إلا أنها تفصل في خصوصية قضائية لا تغلها صناعة القانون في صورة مجردة، وإنما على ضوء الواقعة المتنازع عليها، وفي إطارها^(١).

بما موداه أن لأحكامها، موجهاتها التي تتحدد أشكالها، وإن أمكن رصد بعض جوانبها وأهمها:

(١) Ruggero J. Aldisert, "The Role of Court in Contemporary Society" Views From The Bench, pp.257 - 260.

المبحث الأول السوابق القضائية

١٢٩- في الدول التي يقوم نظامها القضائي على اعتماد السوابق للقضائية، يكون لهذه السوابق أثر كبير في تشكيل القواعد القانونية، وثباتها.

بيد أن السوابق للقضائية قد تعوق أحيانا تطوير هذه القواعد إذا حال التقيد بها دون تصحيحها من الأخطاء التي اعترتها. ذلك أن إبقاءها على حالها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه دوام الأضرار التي قارنتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تؤثر السوابق للقضائية -إلى حد كبير- في دور جهة الرقابة على الدستورية إذا انحاز قضائها إلى القديم، من خلال تطبيقهم سوابق قضائية بعد زمنها، ولو كان تغييرها مطلوباً، وخطؤها قانداً، وكأنهم يتحركون في دائرة، ويحتصمون بمبادئها، رغم إيمانهم بأن السوابق القضائية تحول طبيعتها دون تغيير مضمونها بما يوائمها وروح العصر؛ وأنها تتمحور إغرائاً بتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صبوا هذه السوابق في قلوبها؛ وأحاطها من تبعهم بالجمود من خلال الإصرار على تطبيقها؛ نكولا من جانبهم عن أعمال حكم العقل في مسائل دستورية لا يجوز أن تحول السوابق القضائية -مضبوطة- دون النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد منغلقة، وتراضيههم مطردا على الإذعان لأصداء من الماضي البعيد لا يتحولون عنها؛ حال أن الفصل في الخصومة القضائية مرتبط بوقائعها في زمن حدوثها، وبما هو قائم من ظروفها عند اتخاذ قرار فيها.

ومن ثم تكون السوابق القضائية في واقعها قيداً على تطوير الدستور، وإن كان الخطأ محتمل فيها، وكان تصويبها ليس فقط مجرد ضرورة يقتضيها أن يظل القانون حياً وفاعلاً، بل كذلك لرد أضرار قارنتها، وأثار سيئة لاستنها، بما يجعل العلل عنها ضمانات جوهرية تحول دون تأييدها، وعلى الأخص كلما كان تعديل الدستور لازماً لتجاوز السابقة المعيبة، وكان لا يجوز إجهاضها من

خلال قانون يصدر عن السلطة التشريعية، مثلما هو الأمر في المملكة المتحدة التي يستطيع برلمانها إهدار كل سابقة يعارضها^(١).

وينبغي بالتالي، أن يكون للموايق القضائية دور محدود في نطاق الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون لجهة الرقابة القضائية على الدستورية مفاهيم خاصة بها، لا تنقيد فيها بآراء سابقة لأخرين صاغوها على ضوء اجتهاداتهم التي لا يجوز أن تفرض نفسها على أفكار غيرهم، وإلا انقلبوا ترجيحاً لأصواتهم، يردونها في غير وعي، أو دون بصيرة بخطورة نتائجها، وعقم محصلتها، وسوء عاقبتها. ليظهر قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وكأنهم تقمصوا شخصية الأكدمين، يتحدثون بلسانهم، ويطلقون بكلماتهم، ويعايشونهم.

وليس ذلك إلا لهما وعي عريض لا يخفى، ذلك أن التقيد بالموايق القضائية، يفيد بالضرورة معاملتها حقيقة ثابتة لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها؛ وتطبيقها بالرغم من سوءها، ومحاکمتها في الأفكار للرجعية التي عضدتها^(٢)، ويقولوا بسوئها ولامعها الشائنة إذا لم يهدل الدستور لتجاوزها^(٣) أو تُعَدَّل عنها جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي لا يجوز أن تسترقها سوايق قضائية قديمة ترتبط بوقائعها، وبالأوضاع القائمة في زمنها، خاصة وأن فرائض الأمس أو مفترضااته، قد تظهر اليوم باعتبارها من الأساطير أو صوراً من الخيال والأوهام.

كذلك فإن القوانين التي كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها استجابة معقولة لآمال الجماعة التي عايشتها، قد تنقضها اليوم احتياجاتها الجديدة، أو تحجبها بدائل وحلول أكثر معقولة من تلك التي تبنتها هذه القوانين من قبل.

فضلاً عن أن القيم التي نزعها الجماعة في واحد من أطوار تقدمها، قد تنقضها قيم جديدة تحتضنها في طور آخر، فلا يكون صولها إلا مقتضياً تعديل الموايق القديمة، أو إبدالها.

(١) تعتقد السيادة في المملكة المتحدة للبرلمان الذي يستطيع وفقاً للعبارة المشهورة، تغيير كل شيء إلا أن يجعل المرأة رجلاً، أو الرجل امرأة.

ولا كذلك الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث لا يملك الكونجرس سلطة نقض حكم صدر عن محكمة العليا، وهو ما اقتضى إدخال التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي لنقض حكمها الصادر في قضية Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)، وإدخال التعديل السادس عشر لنقض حكمها في قضية:

Pollock v. Farmers' loan and Trust Co. 157 U.S. 429 (1895).

(٢) Jackson, Struggle for judicial Supremacy (1941), p.295.

(٣) Bernhardt, Supreme Court Reversals on Constitutional Issues. 34 Cornell L.Q 55 (1948).

ولا يجوز بالتالى أن تعزل جهة الرقابة القضائية على الدستورية نفسها عن المفاهيم المتفسيرة للقيم، وكأنها بعيدة عن إدراكها(١).

وليس سائفاً في حكم العقل، أن تظل السوابق القضائية عصبية على التحليل، بالرغم من أن الذين صاهاها هم قضاة من البشر، يصيبون ويخطئون، فلا تكون أعمالهم جميعها تعبيراً عن حقيقة لا تتبدل.

ولا جرم في أن لكل جهة قضائية تباشر الرقابة على دستورية القوانين، عثراتها، ولها كذلك تجاربها التي قد يصيبها التوفيق أحياناً أو يكون إهدارها لحقائق العدل في أخص مكوناتها، جلياً(٢).
فالقضاة في كل بلد يفصلون فيما يعرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم.

وعليهم - كما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً - تقويم ما أعوج من أحكامهم التي لا تبلور في حقيقتها غير خبراتهم الاجتماعية التي لا تصدق نتائجها دوماً، خاصة في نطاق المفاهيم الدستورية التي يتعين ضمان نموها.

ولا يليق بقضاة لا يعايشون الأوضاع ذاتها التي عاصرها الأكاديمون، أن ينقلوا عنهم بعد موتهم الأفكار الرجعية ذاتها التي روج أسلافهم لها في عهود مختلفة والتي كان لها أسوأ أثر على تشكيل القواعد الدستورية وتطورها(٣).

Precedents in constitutional law are the most powerful influence in forming and supporting reactionary opinions.

(١) وليس أدل على فساد نظام السوابق القضائية من أنه خلال الفترة من ١٨١٠ حتى ١٩٥٧، قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تسعون قرأراً سبقاً صدر عنها في بعض القضايا من بينها ستون قضية كانت المسائل المثارة فيها من طبيعة دستورية

Antieau, Modern Constitutional law, volume Two, 1969, p. 707.

(٢) ومن ذلك ما كانت تؤمن به المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية من أن حضور محام مع المتهم في جلسة ليس أمراً جوهرياً لضمان محاكمته بطريقة متصفة، ثم عدولها عن حكمها هذا في قضية:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(3) Douglas, State Decisis, 49 Col. law Review, 1949, pp. 735, 736; Jackson, struggle for judicial Supremacy (1941), p. 255.

المبحث الثاني

مقاصد آباء الدستور

Intent of the Framers of the Constitution

١٣- يقصد بآباء الدستور، هؤلاء الذين صاغوه بفكرهم وعباراتهم، ليظهر الدستور -وكما كان مولكها لتطور النظم الديمقراطية- باعتباره متوخيا حماية الحرية الفردية، داعما لإطلاقها إلى أفق مفتوحة تكون بذاتها عاصما من جموح السلطة أو انفلاتها، وبما يحدد للجماعة إطاراً لمصالح تصون بها مقوماتها^(١).

ومن ثم لا تصدر المسائل عن آباء غير شرعيين. ولكنها تولد بيد هؤلاء الذين كان لهم فضل خلقها وإبانتها، فلا تكون مقاصدهم من النصوص التي تضمنتها بعيدة عن محانيها، وعلى الأخص كلما دار حوار عريض حول حقيقة هذه النصوص ومراميها من خلال مؤتمر أو جمعية تبنتها، بعد وفورها على جوانبها، وتعرفها على مشكلاتها، وآثارها العملية.

كذلك، فإن كل تعديل يرد على الدستور، لا يأتي من فراغ، بل تدعو إليه ضرورة ملحة تكشفها الأعمال السابقة على إجراء التعديل، وكذلك الأعمال المفضية إليه، فلا يكون التعديل منفصلا عن جذور ضاربة في الأعماق، هي التي تتحراها جهة الرقابة على الدستورية، وتستلهمها في أحكامها.

ويظهر ذلك على الأخص على صعيد وثائق إعلان الحقوق التي لا تتلزع مفاهيمها عوفاً ولا تتسلط نصوصها من مكان مجهول. وإنما تمهد لها الأفكار سابقة عليها، وتحرض على تبنيها وتدعو إليها، حقائق اجتماعية واقتصادية آمن أصحابها بها وزوجوا لها، وجذبوا إليها من يناصرونها، فلا يكون التخلي عن هذه الأفكار والحقائق، إلا فصلا لوئلق إعلان الحقوق، عن الأوضاع التي أحاطتها ولتجتها.

ولا كذلك آراء أشخاص لم يكن لهم دور في تكوين بنية الدستور أو وثائق الحقوق. ذلك إن ما تعطيه جهة الرقابة من وزن لهذه الآراء، لا يحدو أن يكون محض تقدير من جانبها لوجهة نظر بذاتها.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "مستورية"- جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٥/١ من

١٤٠ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

على أن الأعمال التحضيرية لنصوص الدساتير وتعديلاتها، ولوائح إعلان الحقوق، وإن ساء الاستعداد بها لفهم أحكامها، وتحديد غاياتها بصورة تقريبية؛ إلا أن التقيد بها والنزول عليها، وتطبيقها كحقائق ثابتة لا نزاع فيها، أمر ينبغي أن يؤخذ بأكبر قدر من الحر.

فقد تناقض هذه الأعمال، ما آل إليه أمر هذه النصوص في صيغها النهائية. وحتى إذا وافقتنا، فإن مضامينها وأبعادها، تتأثر غالباً بوجهة النظر الشخصية والسياسية لهؤلاء الذين اقروها، وبما الفرضوه من حقائق وأوضاع اقتضتها في زمنهم؛ وبما تصوره بعضهم من قيم انفرد بها، ولو عارضه آخرون فيها.

بل إن معاني النصوص التي تضمنها الدستور، يمكن كشفها على ضوء ما طرأ على صياغة هذه النصوص من تغيير خلال المراحل المختلفة لتكوينها، وعلى الأخص إذا كان من صاغها قد أدخلوا تعديلاً عليها قبل أن تظهر في صورتها النهائية، سواء بحذفهم لعبارة منها، أو بإسقاطهم مصطلحاً أو كلمة قدروا أنها في غير موضعها، أو لأنها تبلور توجهها بضيقون به، أو تعطى لعبارة للنص معنى لا يرغبون فيه.

ولا يجوز بالتالي، أن ينظر إلى هذه النصوص باعتبارها من خلق إرادة أحدى، فسي الصورة التي هي عليها. إذ هي في واقعها نتاج آراء متفرقة، جمعها التوافق في بعض أجزائها، أو قارنها المتعارض في بعض جوانبها.

فلا تبلور هذه الآراء غير المفاهيم التي آمن بها أصحابها في لحظة زمنية معينة كان لها متطلباتها. ولا يجوز بالتالي اعتبارها موقفاً ثابتاً لا ينقض حتى بوصفها وجهة نظر حرصوا عليها، أو إملأه يحكم تفسير الدستور.

ومع ذلك، تظل الأعمال التحضيرية للدستور، وما اتصل بها من الحقائق التاريخية، إطاراً خلفياً لنصوصه يقتضى وضعها قدر الإمكان، قريباً من مقلد الرجال الذين قاموا بتشكيلها، وعلى الأخص ما تعلق بالشرور التي أرادوا دفعها، وبموطن الظل في مجتمعهم التي قصدوا إلى تقييدها، وبأخطاء الماضي التي عمدوا إلى تجنبها، وبمخاوفهم من إحيائها(١)؛ وبالأغراض التي حرصوا على تحقيقها.

(١) تضمن دستور جمهورية مصر العربية، كثيراً من النصوص التي صاغها لمواجهة أخطاء الماضي وتجاريه المبينة، من بينها نص المادة ٤١ التي تكفل ضمان الحرية الشخصية؛ ونص المادة ٤٢ التي تمنع إلقاء الشخص أو تعذيبه؛ ونص المادة ٤٥ التي تكفل حرمة الحياة الخاصة؛ ونص المادة ٥٧ التي ترقى بالاعتداء على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور، إلى مرتبة الجريمة؛ ونص المادة ٧١ التي تفول كل من قبض عليه حق إيلام من يراه بما وقع عليه.

ولا يكون ملائما بالتالى إعمال هذه الأعمال التحضيرية أو الحقائق التاريخية من كل جوانبها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالفلص من نصوص الدستور التى لا تجلبها أحيانا إلا مصادر خارجية تعطى لهذه النصوص مذاخها، ومحيطها الاجتماعى.

ولقد ظل واضحا فى أذهان كثيرين، أن لكل خصومة قضائية تتصل فيها جهة الرقابة على الدستورية، مشكلاتها التى تنسم بتعدد عناصرها، ولا تطلع فى حلها، لا للحقائق التاريخية، ولا مقاصد آباء الدستور، خاصة وأن التقارير التى تعد عن الدستور بعد إقراره أو الأعمال التحضيرية التى تعاصره، أو تنكلمه، كثيرا ما تكون فقيرة فى مادتها، فلا تلقى ضوءا واضحا على مقاصد هؤلاء الذين اقترحوا نصوص الدستور، أو ناقشوها وأقروها، بل يتعين التحوط فى استخلاص نواياهم، بالنظر إلى أنهم ما تطرقوا إلى النصوص التى بحثوها إلا من منظور عام، فلا تكون هذه النوايا قاطعة فى مواجهة المسائل التفصيلية التى تثيرها الخصومة الدستورية، بل قاصرة عن تغطيتها.

وربما كان من الأوفق أن تستظهر جهة الرقابة على الدستورية، العلاقة بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور من جهة، والمخاطر التى قصد آباء الدستور إلى توليها من جهة أخرى.

فكلما كان تطبيق هذه النصوص مؤديا إلى هذه المخاطر، أو كان موطلا لها، فإن الحكم بعدم دستوريتها، يكون لازما^(١).

كذلك فإن على جهة الرقابة أن تنظر إلى نصوص الدستور باعتبارها مطبوعة بطبيعتها، وأن مقاصد الرجال الذين صاغوها لا تحسم دائما الأوضاع الجديدة التى تعاشها هذه النصوص Inconclusive؛ وأن تحليل نصيحتهم أن يقدم إلى هذه النصوص شيئا ناعما.

(١) School Dist. Of Abington Twp. v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

المبحث الثالث

القانون الطبيعي

١٣١- لا يعتبر القانون الطبيعي نتاج عمل يصدر عن الدولة أو أجهزتها. بل هو مجموعة من القيم السابقة في وجودها على القواعد القانونية الوضعية. وهي قيم جوهرها العدل، وتعرضها أو تعطيلها وثائق الحقوق، ولا تنشأ، وينظر إلى الإخلال بها باعتباره من صور الاضطهاد Oppression التي تجب مقاومتها^(١) Devoir de résistance à l'oppression.

وكان منطوقاً أن تنظر هذه الوثائق، إلى الحقوق الطبيعية، بوصفها حقوقاً لا تتقدم، ولا يجوز للنزول عنها؛ وترقى في أهميتها إلى حد تقديسها^(٢).

والرجوع إلى النظم القضائية في القانون المقارن، يدل على صليبيتها بأهمية القانون الطبيعي، وأنها تحيل إلى هذا القانون في كثير من أحكامها^(٣) ولم يقتصر دور القانون الطبيعي على بيان الحقوق الأساسية لكل إنسان، ولكنه أعان القضاء كذلك على تحديد مضمونها وبيان نطاق القيود التي يجوز فرضها عليها.

فضلاً عن أن الاهتمام بالحقوق الطبيعية، نقلها من وثائق إعلان الحقوق إلى الدساتير ذاتها كص المادة ٤١ من دستور جمهورية مصر العربية التي تضمني بأن الحرية الشخصية حق طبيعي.

كذلك تنص الفقرة ٢/ من المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني وفي إشارة منها إلى الحقوق الطبيعية- على أن للمواطنين -ومن أجل تأسيس كل جماعة إنسانية، ولضمان صون المسلم وتحقيق العدل- حقوقاً لا يجوز انتهاكها ولا إخضاعها للتقدم.

(1) François Luchaire le, "Concil Constitutionel, Economica, 1980, p. 9.

وتنص المادة الثانية من الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٨٩ على أن الحقوق الطبيعية للإنسان والتي لا تشملها التقدم، هي الحرية والملكية وضمان مقاومة الطغيان.

(٢) ويترف هذا الإعلان كذلك بأن الحقوق الطبيعية للإنسان لا تقبل التصرف فيها Inaliénables وإسها كذلك حقوق مقدسة Sacrés.

(3) Charles Debbasch- Jacques Bourdon- Jean Claude Ricci, Jean- Marie, Pontier Droit constitutionnel et institutions politiques, 3 e édition, pp. 4-5.

وبالغ المؤيدون للقانون الطبيعي إلى حد القول بأن ما نقره السلطة التشريعية أو تصدره السلطة التنفيذية من النصوص القانونية، لا يزيد على أن يكون مجرد تعبير عن مفاهيم القانون الطبيعي؛ وأن وجود هذه النصوص أو حياتها القانونية، رهن بتحقيقها لهذه المفاهيم، وإلا تعين إهدارها بقدر تعارضها معها.

وهو نظر غير سديد. ذلك أن سلطة الدولة تخولها إقرار النظام في إقليمها من خلال قواعد قانونية تصوغها بنفسها، وتواجه بها الأوضاع التي تحيط بها، وتكفل من خلالها صون حقوق الأفراد على الأشياء التي يتقاسمونها. كذلك حرص القانون الطبيعي على صون وجود الدولة من المخاطر الحالة الظاهرة التي تحيط بها وتهددها.

على أن المؤيدين للحقوق الطبيعية عضدوا رأيهم بالقول، بأن للناس منذ خلقهم كانوا أحراراً؛ وأن ضمانهم لحريتهم حملهم على الدخول في عقد اجتماعي يكون منبها لحالتهم البدائية، ومنتهيا إلى تأسيس السلطة السياسية التي تكفل حقوقهم ولحريتهم ضماناتها التي ما نزل الأفراد عن شيء منها، إلا بقصد تحقيق التماسك الاجتماعي لهذه السلطة.

وفيما عدا هذه الدائرة المحدودة للنطاق، فقد احتفظ المواطنون لأنفسهم بتلك الحقوق والحريات التي لا يجوز للسلطة السياسية أن تسمها. وما وثائق إعلان الحقوق غير ترديد لحرياتهم ولحقوقهم هذه.

والفقهاء والقضاة الأمريكيون يرجعون كثيراً من مفاهيم الدستور الأمريكي إلى القانون الطبيعي^(١) - وهو قانون يقوم في مجمل أحكامه على حقائق العدل التي يدركها العقل - وهم يؤيدون رأيهم قائلين بأن كالة الحقوق التي أبرجتها في صلبها الوثائق الأمريكية لإعلان الحقوق، لها جذورها من القانون الطبيعي^(٢)، وأن لغتها في التعبير عنها، هي أنها حقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، أو التعامل فيها؛ وأن الحقوق التي نصفها اليوم بالحقوق الأساسية Fundamental Rights، جميعها حقوق نظر إليها آباء الدستور The Framers بوصفها من الحقوق الطبيعية التي يدرج تحتها، حرية

(1) The Debt of American constitutional Law to Natural Law Concepts, 25 Notre Dame law 258 (1950); Hains, Law Nature in State And Federal decisions, 25 Yale Law Journal, 617 (1916).

(2) Ahtieau, Rights of our Fathers, Coiner Pub., Vienna, Va (1968).

الاتصال والانتقال والاجتماع^(١) وحقوق الملكية، وحق البدن في التحرر من القيود غير المبررة، والحق في الحياة وفي تكامل الشخصية، فضلاً عن حرية العقيدة التي لا تخول أحداً حرمان غيره من تولى وظيفة مدنية بالنظر إلى العقيدة التي دخل فيها.

وهي بعد حقوق لا يجوز للدولة أن تخل بها، ولو بقانون صدر عن أغلبية برلمانية. ذلك أن الطغيان *Depotism* هو الطغيان. وما يوجه النظم القانونية في الدول الديمقراطية، ويجعلها أدخل إلى مفاهيم القانون الطبيعي، هو إنصافها.

بل إن الوسائل القانونية السليمة في تطبيقها المعاصر، تبلور في حققتها مفاهيم القانون الطبيعي التي يقارن الإخلال بها جزء من الدستور. وهو بذلك ينظم قواعد مبدئية خلقية غائرة في التقاليد، عميقة في الوجدان، إلى حد إلحاقها بالحقوق الجوهرية التي تظاهرها الحقائق التاريخية في النظم المدنية^(٢).

بما مؤداه اتصال القانون الطبيعي بموازين الحق والعدل التي تتوارثها الأجيال، وكذلك بالتقيد التي تنتههما الدول الديمقراطية فلا تطلحنها بقوتها لتظل يدها بعيدة عن كل إخلال غير مبرر بالحق في الحياة أو بالحرية أو بالحق في الانتقال، أو بالحق في تحرير البدن من القيود الجائرة للقبض أو الاعتقال، وكذلك بالحق في ألا يشهد الأشخاص -جبراً- على أنفسهم بما يدينهم.

(١) الحق في الاجتماع لأغراض سليمة كان سابقاً على وجود التفسير ذاتها، ومكولاً من الأمم المتحدة جميعها باعتباره من الحقوق التي لم يكتفأ أحد لغيره. ويلاحظ أن الحقوق الطبيعية تطورت منذ منتصف القرن السابع عشر من خلال مدرسة القانون الطبيعي، ثم اعتنقها ودعمها الفلاسفة الفرنسيون في القرن الثامن عشر من أنصارها لوك وجان جاك روسو.

Jacques Robert, *Droits de L'homme et Libertés Fundamentales*, 6 e édition, pp. 34- 35.
(2) Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934); Solesbee v. Balcom, 339 U.S. 9 (1950);
Hains, *Revival of Natural law*, Cambridge (1930), p. 347.

المبحث الرابع التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم

١٣٢- التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم -تشريعيا كان أم قضائيا، تراث للبشرية ليس مجموعها، لا تعزل الدول المعاصرة نفسها عن محتواها، ولا تضيق به أو تحويه كلية. ولكنها تستلهمه في خطاها، بشرط اتفاق للقيم التي يقوم عليها هذا التنظيم، أو تقاربها، مع مفاهيم الدول التي تتأثر بها.

ويظهر ذلك بوجه خاص في الدول الفيدرالية التي يكون لكل ولاية فيها دستورها الخاص بها. ذلك أن المحكمة العليا الاتحادية للولايات المتحدة الأمريكية تعطي للتفسير الصادر عن الولاية في شأن دستورها المطلق، وزنا كبيرا في مجال تقييمها لمدى اتفاق هذا الدستور، أو قوانين الولاية مع دستور الاتحاد.

بل إن وصفها لبعض الحقوق بأنها أساسية، يعتمد على نظرة كل ولاية لهذه الحقوق وتقييمها لخصائصها، وإن كان لا يجوز أن تنقيد بنظرتها هذه في كل الأحوال، بل عليها أن تصدر أحكامها على خلافها، كلما كان ذلك ضروريا أو ملائما^(١).

ولئن قيل بأن الاعتماد على التنظيم المقارن، يفترض توافقا مع النظم القانونية التي تتأثر به، أو على الأقل تقاربها فيما بينها من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أن وحدة هذه النظم أو اقترابها من بعضها، لا تشترط في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تؤمن أكثر للدول بها، وتراها خطأ واضحا لردع كل عدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم.

هذا فضلا عن ارتكاز هذه الرقابة في وسائلها على نظام للقيم لا تختص به دولة دون أخرى. وإنما يسعى جميعا من منظور صونه كرامة الإنسان وأمنه، فلا تنفرد مفاهيم الدول في هذا الشأن، ولكنها تتلاقى مع بعضها البعض، وهو ما دعا القاضي Frankfurter إلى أن يقرر بأن شرط

(١) في قضية [Wolf v. Colorado 338 U.S. 25, (1949)] لم تازم المحكمة العليا الولايات المتحدة الأمريكية، الولايات الأعضاء في الاتحاد باستبعاد الدليل الذي يتأتى من مصدر غير مشروع بالنظر إلى اتجاه الولايات إلى إعمال هذا الدليل، ثم ألزمتها المحكمة العليا بذلك باستبعاد كل دليل غير مشروع من المحاكمة الجنائية. وذلك في قضية:

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

الوسائل القانونية السلمية لا يتحدد مفهومه إلا على ضوء ما يعتبر حسنا ومنصفا، مفضيا إلى قيم العدالة التي تبنتها الدول الناطقة بالإنجليزية^(١).

ويظهر التوافق بين الدول بصورة أعمق على صعيد قواعد القانون الدولي التي تطبقها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك إن الأمم جميعها تظلمها الأسرة التي تجمعها، وحقوق أعضائها متكافئة فيما بينها، وعلى الأخص في نطاق تحديد ما يقع في إطار الشئون الخارجية من مسائل، وما لا يندرج تحتها^(٢).

كذلك فإن الأوضاع التي استقر عليها العمل في بلد ما، قبل وبعد إقرار نصوص دستورها Long settled and established practice قد تدل بامتداد زمنها، وإطراد القبول بها، على اتجاه عام توافق أفراد الجماعة عليه، وصار مقيدا لها في مجال تفسير الدستور.

ولا تدل الحقائق التاريخية في وزنها ودلالاتها، شأننا عن تقاليد الجماعة وثوابتها، وما استقر عليه العمل في محيطها. ذلك أن جميعها تقدم لنصوص الدستور التي لا تتعارض معها، عناصر تعينها على بلورة معانيها، وتؤثر بوزنها فيما ينبغي أن يكون عليه التفسير المنطقي لها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تمد بصورها إلى الفقه والقضاء المقارن في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون عقلها مفتوحا كي تأخذ من التنظيم المقارن أفضل اجتهاداته في كل عصر، خاصة إذا كان هذا التنظيم نهرا ثريا بقيم العدل المتكفئة في عطائها، والتي لا ينقطع جريانها عبر الحدود الإقليمية على اختلافها.

وقد كان هذا النظر محل اعتبار المحكمة الدستورية العليا التي أطرد قضاؤها على أن حقوق المواطنين وحرياته في مصر، لا تتحدد مفاهيمها إلا على ضوء مستوياتها التي درج العمل في الدول الديمقراطية على انتهاجها في مظاهر سلوكها وطرائقها في الحياة^(٣).

(١) Rochin v. California, 342 U.S. 165, 169 (1952).

(٢) Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٣) دستورية عليا - القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩

وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الخامس

المصادر العرفية

١٣٣- قد لا يلص الدستور على اختصاص للسلطة التشريعية في موضوع معين، ولكنها تتخذ من خلال تشريعاتها، موقفا يدل على إثباتها هذا الاختصاص لنفسها، فإذا أقرتها المملكتان التنفيذية والقضائية على مملكتها، وكان العمل قد دل على استمرار ممارستها لهذا الاختصاص -كمسلطتها في إجراء تحقيق برلماني في المسائل التي تريد تحريكها وقفا على حقيقتها إذا لم يكن الدستور قد خولها هذا الاختصاص بنص فيه- فإن إنكاره عليها لا يعد تفسيرا صحيحا للدستور.

ولا كذلك أن يكون موقفها من اختصاص معين، نلقيا أصلا ادعائه لنفسها، أو كان دالا على تعرضها في مجال توكله؛ ولو تقرر بقانون ظل نافذا مدة طويلة. إذ الأصل ألا شأن لتشريعاتها في ذاتها -رأيا كان مضمونها- بما ينبغي أن يكون عليه تفسير الدستور.

المبحث السادس

دروس التاريخ ومعطيات القانون العام

١٣٤- القانون العام The common law قانون غير مدون أصلاً، يبلور مجموعة من القواعد القانونية التي اطرده تطبيقها. وهو أسبق وجوداً من الدساتير ذاتها، خاصة في الدول الوليدة التي تكون شعبها من مهاجرين، نزحوا من دولهم الأصلية، حاملين معهم تراثها وقيمها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحرية التي صار الإيمان بها ويمتطلباتها، عقيدة لا يسترحضون عنها، ويقيمون عليها تصرفاتهم جميعها.

وكان منطقياً أن تكرر دساتير هذه الدول، القيم التي اعتنقها القانون العام في دولهم الأصلية، وأن يحرص آباء الدستور -الذين نقلوا هذه القيم عن ذلك القانون- على إدراجها في صلبه، بعد أن بهرتهم برقيها وتساميها وتلاقيها مع القيم التي تبنتها الدول المتحضرة.

ومن ذلك شرط الوسائل القانونية السليمة في جوازها الإجرائية، التي كثيراً ما يحال في فهم مضمونها إلى تطبيقه في دول القانون العام^(١). مما جعل تطبيق الوسائل الإجرائية المتخذة ضد شخص معين، مع نظيراتها في دول القانون العام، شرطاً لسلامتها^(٢).

فالتقيض على الشخص أو لاحتجازه، لا يكون مشروعاً، إلا إذا كان معقولا على ضوء مفاهيم الحرية التي كرسها القانون العام بوصفها غاية نهائية، وتعبيراً حقيقياً عن ضوابط ينبغي أن يؤكد لها الدستور في مجال ضمانه للحرية الشخصية التي تعامل بوصفها من الحقوق الطبيعية التي لا نزاع فيها.

ولا يجوز بالتالي للنظر إلى شروط التقبض والاحتجاز التي يمس عليها الدستور، باعتبارها بدعة أتت بها. ولكن الدستور بسطها مؤكداً لقيم عليا درج عليها القانون العام، متوخياً بها إبطال كل

(١) United States v. Wong Kim Ark 169, U.S. 649 (1898).

(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

McGrain v. Daugherty, 273. U.S 135 (1927)

بأن النص في الدستور على عدم جواز القبض غير المبرر ليس مبدأ جديداً، وإنما هو تأكيد وحفاظ على قاعدة من قواعد القانون العام تصل إلى مرتبة القدوس

Affirming and preserving a cherished rule of common law designed to prevent the issue of groundless warrants.

إنّ بالقبض أو الاحتجاز، لا يكون مبرراً^(١)، خاصة كلما كان تطبيق هذا القانون في إحدى السدول قبل حصولها على استقلالها، أمراً واقعاً في حياتها اليومية؛ وكان واضحاً أنّ مفاهيم هذا القانون قد أدركها رجال صاغوا دستورها؛ فلا يكون هذا القانون إلا مثلاً في أذهانهم غائراً في وجدانهم، معبراً عن أعرافهم التي درجوا على اتباعها والنزول عليها.

وكان منطقياً بالتالي أنّ تفسر سلطة رئيس الجمهورية في مجال إرجاء تنفيذ عقوبة الإعدام، أو العفو عن العقوبة بوجه عام، على ضوء دلالتها عند إقرار الدستور، مع تحفظ هام مؤداه أن الوسائط القانونية السليمة، لا تتحدد مفاهيمها في كل الأحوال على ضوء القانون العام بما يحول دون تطوير معانيها، وعلى الأخص كلما كان تعمق مفاهيم هذا القانون في موضوع معين، يدل على بدائيتها؛ وكان للدستور قد نقضها من خلال حقوق أفضل كلها بقصد استبعاد القانون العام في مجال تطبيقها^(٢).

وهو ما يقع على التحديد، كلما كان هذا القانون مبشوراً ما كان قائماً في قرون ماضية من القيم المهجورة التي تقتضي تقرير قاعدة قانونية على خلافها، وتكون في مضمونها أكثر تولوفاً مع القيم الأكثر إنسانية في جماعة ناضجة.

وتحيل جهة الرقابة على الدستورية أحياناً إلى الحقائق التاريخية سواء في ذلك ما كان قائماً منها قبل صدور الدستور أو بعد إقراره - بوصفها مدخلاً لفهم أفضل لنصوصه، خاصة إذا كان لطراد تطبيقها، قد دل على أنها جزء من التقاليد الراسخة في بلدها.

ومن ذلك سلطة حاكم الولاية في العفو عن العقوبة في نطاقها الإقليمي، وسلطة الولاية في أن تدير شؤون الملاحة في موانئها^(٣).

(١) McGinn v. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927).

(٢) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أنها لو أخذت بمفاهيم القانون العام التي كان معسولاً بها في إنجلترا في النصف الأول من القرن السابع عشر، لفرضت هذه المفاهيم نفسها على القضاء الأمريكي كحزمة لا فككها منها إلا بتعديل الدستور الأمريكي.

Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).

(٣) Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9 (1950); Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia. 53 (U.S. 299 (1851)).

المبحث السابع

القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها

The Shared Ethical Values of the Culture.

١٣٥- كذلك فإن قضاء جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، كثيرا ما يُخلون في نصوص الدستور التي يقومون على تطبيقها -بوعى منهم أو بغير وعى- معاني يستمدونها من القيم التي يشاركون فيها أبناء وطنهم، والتي بلورتها ثقافتهم.

ذلك إن النظم القانونية جميعها إما تعمل وفق لوضاع تتفاعل معها، ووفق نماذج للقيم Value Patterns تستقيها من نظامها الاجتماعي.

وتأخذ النظم القانونية بالتالي قبض عطاء مجتمعاتها كحقائق مسلّم بها، وتولى اعتبارها كذلك للقيم التي لفرزتها ثقافتها. ويلدرج تحتها ما يكون ضروريا من هذه القيم لتحديد مفهوم العقوبة الموزنة في فحشها أو انحطاطها حتى لا نظل أرقاء لأفكار حملتها معها قيم الماضي البعيد التي تناقض رقى الجماعة وتعارض نمو مداركها.

كذلك فإن قيم الجماعة التي بلورتها ثقافتها، والتي ترتد مفاهيمها إلى القيم المعاصرة -الخلقية والنفسية والتفضيلية- هي التي ينبغي أن تعول عليها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في كثير من المسائل الدستورية؛ كاعتبار المطبوع مانحا أو غير داعر (١) وكتحديد القواعد التي يعامل على ضوئها الأشخاص الذين أصابهم عارض الجنون بعد الحكم بإعدامهم.

وكذلك تقرير حق كل جهة قضائية في أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها منصفاة عند الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها، ما لم يكن إعمالها لهذه القواعد مناقضا لمبادئ العدل لها من استقرارها في ضمير الجماعة، ورسوخها في تقاليدها، ما يرقى بها إلى مرتبة المبادئ الجوهرية (٢) المعتمدة قاعدة في كل تنظيم من طبيعة مدنية أو سياسية.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة موقفا مصادما للضمير الجمعي، كتمهيبها أفرادا احتجزتهم للحصول على اعترافهم بالجريمة؛ ولا أن تتأخض المفهوم الشامل للشعور بالعدل كإنكار حق الفقراء في الحصول على مشورة محام في القضايا الجنائية؛ ولا أن تنقض سياسية قومية لها جنورها من

(1) Roth v. United States, 354. U.S. 476. (1957).

(2) Synder v. Massachusettes. 291 U.S. 97 (1943).

القيم السائدة في الجماعة، كليهما عن صور التمييز العنصرية في توجهاتها، ورفضها نماذج الدعاية على تباين أشكالها.

واعتبار هذه القيم مصدراً للشرعية الدستورية، مؤداه أن التكتليل عليها إيجاباً لوجودهما، حق للدفاع في كل خصومة قضائية يرتبط الفصل فيها بتلك القيم، التي كان أثرها بعيداً على القضاء حتى في الأزمان البعيدة^(١).

والرجوع إلى قيم الحق والعدل التي لا تتحول، والممتدة ألقاها إلى غير حد Sember ubique والمعتبرة من التقاليد الفائزة في أعماق الضمانات إلى حد معاملتها كقيم جوهرية لا يجوز النزول عنها، من العوامل المؤثرة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها.

وإذا كان الأصل في تطبيق القضاء للقانون أن يكون موضوعياً، وألا يزلق أحدهم في مجال إنفاذه إلى آمال يتردد ضرورة تحقيقها، أو إلى وجهة نظر لصفية يعتقدها، إلا أن ما يراه المواطنون صواباً، ينبغي أن يشكل إطاراً لتلك القيم التي لا يجوز تجاهلها عند الفصل في المسائل الدستورية.

وكثيراً ما يعبر القضاء عن القيم المشار إليها، بأنها تلك التي تقتضيها الجماعة التي تدل بحشمتها Decency وأدائها، والاتفاق من مظاهر سلوكها، على مدنيته وتحضرها.

وقد كان من شأن الأهمية التي بلغتها القيم التي تتوافق عليها الجماعة، أن مزجها القضاء بالدستور، بعد أن عاملوها بوصفها تعبيراً مختصراً Compendious Expression عن تلك المفاهيم المتطورة التي لها من مرونتها واتساعها وعمومها، ما يحول دون تقنينها، ومن اختلاجها بأعق مشاعر الجماعة ومتطلباتها، ما يعارض وصفها بالقيم الشخصية. إذ هي قواعد كلية تنظم مجموع الحقوق الجوهرية لمواطنيها، والتي لا بد من ضمانتها بما يكفل حيويتها، واتساقها مع زمنها.

١٣٦- وإذا قيل بأن قيم الجماعة سرعان ما تتغير، وأن القضاء في زمن ما، وعلى الأخص إذا بلغوا من الكبر عتياً، قد يتخذون من هذه القيم موقفاً رجحياً يناقض مستوياتها المعاصرة، إلا أن القضاء في كل عصر، لا يجوز أن يصنعوا بأنفسهم قانوناً لا يبلور القيم السائدة في مجتمعهم، وإلا

(١) في عام ١٨١٩ قررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن شرط الوسائل القانونية الواجب اتباعها، يؤمن

الفرد ضد تحكم السلطة

Bank of California v. Okely (1819, U.S) 4 Wheat 235.

كان على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تعطى لنصوص الدستور معنى لكل بوضوح على تبيينها للقيم الخلقية الغالبة في الجماعة، تقديرأ بأن ولجها في مجال صناعة القانون، يقتصر على مجرد تفصيل هذه القيم التي لا تفصل بين الجماعة ومعتقداتها، وإنما تحدد لها طريقاً عليها ألا تتجاوزها^(١).

Judge - made law reflects usually the dominant beliefs of the community as to what ought to be.

(1) Swisher, "The growth of constitutional power in the United States" (Chicago, 1946) p. 217.

المبحث الثامن

الخبرة العريضة للقضاة والفلسفة

١٣٧- قد لا يلتزم القضاة دوماً بقيم الجماعة، ولا يعملون من أجل إرسائها من خلال أحكامهم، ولكنهم يحورونها أو يبدلون على ضوء قيم خاصة بهم يفرضونها في نطاق الخصومة القضائية التي تطرح عليهم.

وقد يكون لنظر من بينهم فلسفة متميزة لكتسبها خلال فترة توليه الوظيفة القضائية، وكان لها أثرها في آرائه وتوجهاته أثناء مباشرتها.

وربما كان أكثر القضاة خبرة، أبلغهم في التعبير عن القيم التي يتصورها نهجاً أفضل للحياة.

كذلك فإن لكل خبرة قضائية وزنها وأثرها في قرار جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا يتصور مع تخلفها، أن يكون أداء هذه الجهة فاعلاً، ولا أن يكون للقاضي مكانة لها كـأن قدرها، إذا كان يعمل بخير لفتتاح، أو بطريقة سلبية، أو على نحو يكون فيه مغادعا، متجاهلاً خصائص الوظيفة القضائية ومتطلباتها.

ويظل وهما ما يقال من أن القضاة بوسعهم الانفصال عن خبراتهم السابقة التي تشكل خلفية تتحدد على ضوءها قراراتهم في المسائل الدستورية التي يبحثونها.

فالذين آمنوا بالأفكار الرأسمالية كجزء من عقائدهم، قلما يحيدون عن الدفاع عنها. بل يصوبونها في الآراء التي يبدونها. ولا تريد قراراتهم عن أن تكون أصداء لفلسفة طبيعتهم بمذاهبها وصاغتهم على نمطها، وهم يسلطونها بمبادئ قانونية يبتدعونها، أو يستمدونها من أقوال الفقهاء، أو حتى ممن السوابق القضائية ذاتها. فلا يكون تصورهم للحلول القضائية، إلا استلهاماً لمفاهيم سابقة عندهم، نسم للتماس دعائم تكفي لجعلها، ولو من مصادر خارجية(١).

(١) Jérôme Frank, "Law and the Modern Mind" [N Y 1930] p.104.

فالمحامون الذين يرفعون دعوى في شأن حقوق الملكية الخاصة، يكونون أكثر ثقة في مصير دعاوهم إذا كان القاضي الذي يفصل فيها متصباً لهذه الحقوق.

والمحامون أنفسهم يفضلون الظهور أمام قضاة يعرفون ملقا دعمهم الحقوق، النسي يطلبونها ويناضلون لاقتضاها(١).

ذلك أن القضاة يختلون فيما بينهم في مجال للقيم التي ينصفون لها، فقد يعدل قاض عن بعض القيم الشخصية التي كان حريصا على تطبيقها، مغلبا عليها المفهوم الاجتماعي للقيم.

وقد يؤمن أحد القضاة بأن لحرية العقيدة مكانة تسمو بها على مواها. ومنهم من يكون معنيا بشكل خاص بعناصر تكامل الشخصية التي يقدمها على كل اعتبار آخر.

وقد يكون انحياز القاضي إلى رفض أشكال التمييز العنصرية في طبيعتها، ناجما عن تجربته للشخصية.

وقد يرتبط قاض بقوة بمبدأ الحماية القانونية للمتكلفة، أو يكون مدافعا عنيدا عن حرية التعبير وحرية الاجتماع، أو خصما لكل القيود التي تفرضها السلطة على حرية التنقل، أو مناهضا أخذ الملكية من أصحابها من خلال تنظيم تشريعي يجردها عملا من قيمتها الاقتصادية، أو يهبط بصفة جوهرية بهذه القيمة إلى حدود لا يجوز التسامح فيها.

ويظل ثابتا أن القضاة في كل عصر، لا يدلون في أحكامهم غير القيم التي يتصورونها أكثر صوابا - ما كان منها شخصا أو اجتماعيا - وهم يصوغون لهذه القيم معانيها التي يرونها أكثر تحييرا عنها، وأوفى حماية لها.

ذلك إهم لا يتوخون مجرد الدفاع عن قيم بعضونها، ولا التعبير عن فهمهم لضرورتها بكل عبارة يختارونها، ولكنهم يحرسون على تثبيتها إلى حد القتال من أجل إرسائها، ويقدر أن أولويتها على ما عداها، شرطها أن تتوافر لها من ضماناتها أقواها، ومن وسائل تنفيذها أكثرها صرامة.

بل إن مجموعة القيم التي ينحاز القضاة لها، تكرر مراريتها في أذهانهم، فمنهم من يقدم القيم الجمالية على غيرها.

(١) Carr, The Supreme Court and Judicial Review (Farrar and Rinehart, N Y, 1942) p.233.

وعند غيرهم تكون لحرمة الملكية الخاصة منزلتها التي تصل إلى حد تقدسها، فلا يكون دفاعهم عنها إلا عقيدة لا يتحولون عنها.

ومنهم من يؤمن بضراوة بضروة الفصل بين الدولة والدين إلى حد اعتبار كل معونة تقدمها الدولة إلى المعابد الدينية تخلافاً في حرية العقيدة مخالفاً للدستور.

وقد تكون حرية المشروع الخاص عقيدة مذهبية يؤمن قاض بها إلى حد إطلاق هذه الحرية من كل القيود التي تحد من حركتها.

والنظرة المتعقبة لأحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تدل على أن قضائتها يرتبطون بوجه أو بأخر ببعض القيم الشخصية أو بفلسفة خاصة يرونها عملاً أكثر صواباً من غيرها.

ويظل أمراً غير مفهوم، عزل هذه الجهة عن قضائتها الذين كان لقوة شخصيتهم أثر هام في مجال تطويرها، ولوزنهم قوة مؤثرة لا تقل شأنًا عن نصوص فاصلة يتضمنها الدستور، ولا عن مبادئ راسخة عززتها السوابق القضائية التي دل عليها على استقرارها.

المبحث التاسع

حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم

١٣٨- قد تتخذ السلطة التشريعية بعض التدابير في شأن صناعة أو مهنة أو حرفة. فإذا ثار نزاع من خلال الخصومة القضائية حول وطأة هذه التدابير ونقل أعبائها وخروجها بالتالى على الحدود المنطقية للالزمة لضبطها، فإن على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تصدر حكمها في هذه الخصومة على ضوء ما هو متاح أمامها من الحقائق الاقتصادية التى تحيط بوقائعها، وأن تحصل على معلوماتها في شأن هذه الحقائق من مصادر موثوق بها، إذا لم يكن وقوفها عليها واقعا في إطار علمها العام^(١).

وعادة تحصل جهة الرقابة على الدستورية على معلوماتها اللازمة للفصل فى الخصومة القضائية المطروحة عليها - ما كان منها اقتصاديا أو اجتماعيا أو أنثروبولوجيا^(٢) - من خبراء يدلون بشهادتهم أمامها، أو من خلال تبادل الخصوم لمذكراتهم التى يبرهنون فيها على وجود واقعة بعينها لها أثر على الخصومة.

وكما كان وجود واقعة بعينها، أو مجموع من الوقائع المتضاربة، شرطا لدستورية القانون، وكان الخصوم قد برهنوا على أن هذه الواقعة أو الوقائع لم يعد لها من وجود، تعين على جهة الرقابة على الدستورية، الحكم بعدم دستورية هذا القانون.

كذلك فإن تطبيقها لشرط الحاية للقانونية المتكافئة، قد يعتمد على دلائلها الاجتماعية والأنثروبولوجية للفصل فى دستورية التمييز بين أجداس بالنظر إلى لونها. كالتمييز بين الطلبة فى مدارسهم لاعتبار ينطق بلونهم، وأثر هذا التمييز على صحتهم النفسية والعقلية، ودرجة انتمائهم لوطنهم وإمكان تعايشهم مع الآخرين، والتفاعل معهم من منطلق تساويهم معهم فى القدر والاعتبار، ونحو ذلك مما يقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية، أو يُطرح عليها، أو تستظهره هى من دراستها، أو من التقارير التى أعدها بعض اللجان التشريعية، أو من أية شهادة يدلى بها الأفراد أو الخبراء أمام

(١) Borden's Farm Products Co- v. Baldwin (1934) 293 U.S. 149.

(٢) يقصد بالأنثروبولوجيا علم الإنسان الوصفى من جهة أجناسهم وكيفية توزيعهم وعاداتهم وتقاليدهم وسماتهم البدنية والعقلية.

لجان الاستماع، أو لجان تقصى الحقائق، مما يجعل جهة الرقابة على وعى كامل بكل مطوعة تراها مفيدة في عملها.

ويؤيد ذلك أن القوانين التي تفصل في دستوريته، قد تكون مادتها مسائل علمية خالصة، من بينها ما يكون ضروريا من التدابير لحماية العمال في صناعة التعدين؛ أو لحماية الأجناس من الأعباء التي تلقى على بعضها بقصد تقييد تعاملاتها التجارية؛ أو لتعطيل حقها في إرتداد بعض الفساد أو دور اللهو. وكذلك ما ينجم عن حرمان مجموع من الأفراد من مكان يلويهم من آثار مدمرة تنفلق بها أوضاعهم الاجتماعية؛ أو يضاعفها تكسهم في رقعة ضيقة مع حرمانهم من الحد الأدنى لمتطلباتها الصحية.

وقد يكون من شأن الزهون العقارية والقيود الباهظة التي تحيطها، الإضرار بالمدين الراسخ، بما يؤثر على نمو الاقتصاد وتطويرة، ويوجه خاص كلما كان من أثر هذه الزهون على المشروع، تدمير أو إعجازه عن مواصلة نشاطه.

وتظل جهة الرقابة القضائية على الدستورية دوما، وكلما كان فصلها في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، يقتضيها الخوض في الحقائق العلمية المتصلة بها، أن تتحراها وصولا لأعمالها، ويصرا بجوانبها، وأن يكون إدراكها لها عريضا متكاملأ.

فالآثار الاقتصادية المترتبة على الإنكماش؛ وأثار تعريض البيئة لمخاطر جسيمة ناجمة عن مصادر مختلفة تلوثها؛ وأثار التمييز بين الطلبة في شروط الالتحاق بالمعاهد التعليمية بالنظر إلى ثراوتهم؛ والآثار الصحية الناجمة عن قصور الخدمة الطبية سواء في أشخاص للقائمين عليها أو في تسهيلاتهما؛ جميعها ينبغي بحثها على ضوء الحقائق العلمية المتصلة بها، والتي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تخفيها عن هؤلاء الذين يعطيهم أمرها في الخصومة القضائية التي تفصل فيها.

بل عليها أن تنبهم إلى ما توافر لديها من مادة علمية، وأن تدعوم إلى مناقشتها، وإيداء رأيهم في شأنها؛ سواء لتوكيدها أو لنقضها.

فإذا أفهم هؤلاء الدليل على أن المادة العلمية التي يراد الاحتجاج بها في الخصومة القضائية، تنفتر إلى ما يحز صحتها، وأنها لا تدخل في إطار المسائل التي يمكن أن نتركها جهة الرقابة على الدستورية في نطاق علمها العام *Matters of common knowledge*، فإن تمويل الحكم عليها يكون خطأ فادحا.

المبحث العاشر

الاهتمام بالآثار التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها

١٣٩- لا تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية في المسائل التي تطرح عليها، دون بصر بالآثار المترتبة على قراراتها في شأنها، بل توازن قبل إصدار أحكامها بين ضرورتها ونتائجها، أخذه في اعتبارها أن أحكامها لا يجوز أن تعرقل الدولة عن مباشرتها لسلطاتها بالكفاءة المطلوبة منها، وأن آثارها الضارة ينبغي توقيها أو العمل على تخفيفها قدر الإمكان، وعلى الأخص في الدول الفيدرالية التي ينبغي أن يكون لكل ولاية أو مقاطعة فيها، قدر من الاستقلال يكفل ذاتيتها، فلا يكون تدخل جهة الرقابة فيما هو خاص من شؤونها، إلا عملاً منها به دستورياً.

كذلك، فإن اتهام جهة الرقابة على الدستورية بأنها تشرع كثيراً، وتحكم قليلاً فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، يدفعها إلى إحضار هذه التهمة - لا عن طريق إصدارها أحكاماً تنفيهاً، ولا بالتخلي عن تطويرها للمستور وسعيها الدائم لتغيير ملامح مجتمعها - وإنما من خلال السوابق القضائية التي تحيل إليها، لتتخذ منها قناعاً تتخفى وراءه، وكأن الجديد من أحكامها ليس إلا القديم منها، تردد بها أصداء ماضٍ صار منقضيًا.

وأحياناً تصبح جهة الرقابة القضائية على الدستورية - بطريق غير مباشر - عن إدراكها النتائج المترتبة على أحكامها، من خلال رصدتها لكل الآثار الخطيرة التي تقارن قضاء على خلافها. فإبطالها تشريعاً يقيّد حرية التجارة، قد يقرن ببيان المخاطر التي تنجم عن تعويق تكفيها من خلال العولم الجمركية.

كذلك فإن القيود التي تفرضها الولاية داخل الدول الفيدرالية على التجارة عبر أقاليمها؛ قد تحول دون تكفيها، بما يثير التنازع بين الولايات بعضها البعض، ويدفعها إلى الردع المتبادل، وأن تتخذ لكل منها تدابير تحول بها دون نفاذ الأجرى إلى أسواقها، بما يضر في النهاية بالاقتصاد القومي بوجه عام، خاصة وأن المكوس العالية التي تفرضها ولاية على وسائل النقل التي تدخل إقليمها، قد تؤدي إلى خفض إيراداتها لا إلى زيادتها، وإلى تغيير هذه الوسائط لاتجاهها، فلا تدخل هذه الولاية، بل تتحول إلى غيرها.

وحتى في الدول البسيطة، فإن فرض الدولة لضريبة في نطاقها الإقليمي، قد يكون مجاوزاً المقننة التكليفية للخاضعين لها، أو منتهياً إلى تخايفهم عن نشاطهم المشروع أو جاعلاً مضيقاً فيهم

رهقاء أو مستثيرا ردود فعل غاضبة تخل بالأمن القومي، أو منهايا تعملون الدول للتصديا فيما بينها، وموديا إلى تبادلها صورا من الردع تتخذ شكلا اقتصاديا.

ولئن حرص قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، على إيضاح الآثار السلبية التي تنجم عن إبطال النصوص القانونية المطعون عليها، إلا أنهم أحيانا قد لا يمتصون بالدقة الكافية هذه الآثار، ولا يتأملون بعق جوانبها. وقد يهملونها بعد قروهم عليها، وإن كان واجبهم المبدئى هو تعريها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تدعو للدفاع -إن لم تكن على يقين من موضوع وحدة المخاطر التي قد تقارن حكمها المحتمل فى الموضوع المعروض عليها- كي يحيطها، ولو من خلال خبراء يستقدمهم، بكل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي يتوقعونها كأثر لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، والتي يكون التكهن بها من زاوية علمية *Scientific Prognosis* دالا على رجحان حدوثها.

المبحث الحادي عشر

نصوص الدستور في لغتها وترتيبها

١٤٠- من القواعد المبدئية في تفسير الدستور، أن كل كلمة فيه لا يجوز عزلها عن سياقها؛ ولا النظر إليها باعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها؛ ولا إعطاؤها معنى يناقض دلالتها الواضحة.

بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التي لا يشوبها غموض، والتي لا تعارض أجزاء أخرى من الدستور، على ضوء معناها الطبيعي، وبمراعاة أن الكلمة الواحدة التي تعتمد مواضعها في الدستور، ينبغي فهمها على أنها هي ذاتها في كل مواقعها، وأن معناها بالتالي واحد في كل استعمالاتها، وأن لكل كلمة مقاصدها، ولا يجوز بالتالي تجريدها من كل أثر.

كذلك فإن نصوص الدستور لا تجوز قراءتها بما يخل بتكاملها واتساقها فيما بينها.

ولا يجوز كذلك أن نفترض أن أجزاء الدستور لا ترتبط فيما بينها، أو أن بالإمكان حذفها، أو أن جانباً منها عقيم في معناه، أو أن أهدافها يناقض بعضها البعض. بل يتعين للنظر في نصوص الدستور بما يوفق بينها؛ وإلى فروع المسائل التي ينظمها باعتبارها نتاج أصولها لضمان تفسيرها بصورة أدق؛ وبمراعاة أن نصوص الدستور في لغتها وترتيبها، ليس لها دور حاسم في مجال تحديد أهميتها.

فلغتها وحدها قد لا تثنى بحقيقة معناها. وليس لها من قيمة حين تمتلخص جهة الرقابة من الدستور، حقاً لا نص عليها فيه.

كذلك فإن ترتيبها فيما بينها، لا يدل بالضرورة على أن النصوص التي تتقدم غيرها، أكثر أهمية من سواها.

ويكون محل نظر بالتالي، تقييم المحكمة الدستورية العليا في مصر لأهمية مساواة المواطنين أمام القانون - لا على ضوء الآثار السلبية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تنجم عن التمييز بينهم بالمخالفة للدستور - وإنما بالنظر إلى أن تساويهم في المعاملة القانونية مع نظرائهم كان "أول"

مبدأ نص عليه الدستور في بابہ الخاص بحقوق المواطنين وحریاتهم؛ وجاء بالتالى فى موقع الصدارة منها (١).

ولیس ذلك إلا ترتيبا لحقوق المواطنين وحریاتهم على أساس موقعها فى الدستور. حال أن حقوقهم وحریاتهم هذه، لا تدرج فيما بينها، ولا تتفصل عن بعضها، ولكنها تتكامل فى إطار منظومة تجمعها وتتكافأ مفرداتها فيما بينها. فلا يكون كل حق أو حرية، إلا أصلا أو مدخلا لغيره أو نتيجة مترتبة على وجوده.

(١) "مستوریة علیا" القضائية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "مستوریة" - جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ من ٢٨٠ - ٢٨١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

الفصل التاسع

بين موكبة الرقابة القضائية على الدستورية ونشأتها

المبحث الأول

الخلفية التاريخية للدساتير المصرية

١٤١- يعتبر دستور ١٩٧١، أول دستور في مصر يقر نظاما للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ذلك أن الدساتير السابقة عليه، وبالرغم من اعترافها لكل مواطن بالحقوق والحريات التي أوردتها في صلبها - لم تقم نظاما قضائيا دستوريا - لضمانها بصورة فعلية.

وقد كان دستور ١٩ أبريل ١٩٢٣ أول دستور تحصل عليه مصر بعد إعلان استقلالها، صاغته لجنة من ثلاثين عضوا، تضمنته نظاما برلمانيا حرا وتمثليا، يكفل لكل مواطن كثيرا من حقوقه وحرياته التي عددها هذا الدستور، من بينها حرية التعبير وحق الاجتماع وحرية العقيدة (١).

إلا أن فؤاد الأول - فقد كان سلطانا ثم ملكا على مصر - ألغاه عام ١٩٣٠ بالنظر إلى معارضته الأغلبية الوفدية البرلمانية، وأحل محله دستورا يدعم من سلطاته ويقويها (٢).

ثم ألغى دستور ١٩٣٠ بمقتضى الأمر الملكي رقم ١١٨ الصادر في ١٢/١٢/١٩٣٥. وعاد للعمل بدستور ١٩٢٣، إلى أن قرر مجلس قيادة ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ إسقاطه وذلك بمقتضى الإعلان الصادر عام ١٩٥٢ عن القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيس حركة الجيش (٣)، ثم إلغاء الملكية في ١٩٥٣، على أن يعمل بصفة مؤقتة بالإعلان الدستوري الصادر عن رئيس مجلس قيادة الثورة في ١٠/٢/١٩٥٣، وذلك إلى حين الموافقة على الدستور النهائي.

(١) صدر هذا الدستور في ١٩ أبريل ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظم دستوري للدولة المصرية. وقد نشر في الوقائع المصرية بالعدد ٤٢ [غير اعتيادي] في ٢٠/٤/١٩٢٣.

(٢) ألغى دستور ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بوضع نظم دستوري للدولة المصرية الصادرة في ٢٢ أكتوبر ١٩٢٠. وقد نشر هذا الأمر في عدد الوقائع المصرية رقم ٩٨ [غير اعتيادي] بتاريخ ٢٣ أكتوبر ١٩٢٠.

(٣) نشر هذا الإعلان الدستوري في العدد رقم ١٥٨ مكرر [غير اعتيادي] من الوقائع المصرية بتاريخ ١٠/١٢/١٩٥٢.

وقد نص هذا الإعلان على عدد من الحقوق الأساسية لكل مواطن من بينها حرية التعبير و ضمان الحرية الشخصية وحرية العقيدة واستقلال السلطة القضائية(١).

ثم عُهد إلى لجنة من خمسين عضوا بإعداد الدستور النهائي، وكان من بين النصوص التي أقرتها وضمنتها مشروعها، إلحائها لرقابة قضائية على دستورية القوانين تقوم عليها محكمة عليا تتولى كذلك محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، وتباشر دور محكمة التنازع للفصل في بمائل تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية المختلفة، وكذلك فيما يقع من تناقض في أحكامها النهائية، فضلا عن مسألة بالغة الأهمية في مصر، هي الفصل في دستورية انتخاباتها البرلمانية.

ولكن الرئيس جمال عبد الناصر -الذي قبض بيده على السلطة آنذاك- لم يقبل مشروع هذه اللجنة، وأحل محلها لجنة أخرى عين هو أعضاؤها، وعهد إليها بمهمة عمل دستور جديد. وكان دستور ١٦ يناير ١٩٥٦ هو ذلك الدستور الذي ووفق عليه في استفتاء عام، كاللا للمواطنين لأول مرة- حقوقا اقتصادية واجتماعية فضلا عن حقوقهم المدنية والسياسية، ومنها التعددية الحزبية، مقبما محلها حزبا حكوميا وحيدا(٢).

وظل هذا الدستور معمولا به حتى انعقاد الوحدة بين مصر وسوريا عام ١٩٥٨، فصدر للدولة الوليدة -هي الجمهورية العربية المتحدة - دستور ينظمها في ١٩٥٨/٣/٥، على أن يكون دستورا مؤقتا. وليس في هذا الدستور -المكون من ٧٣ مادة- إلا لئال القليل من النصوص التي تكفل حقوق الفرد وحرياته(٣).

وبانفصال مصر عن سوريا، دعا الرئيس جمال عبد الناصر إلى مؤتمر وطني للقوى الشعبية في مصر.

وقد أقر هذا المؤتمر في عام ١٩٦٢ ميثاقا وطنيا منشأ حزبا حكوميا وحيداً هو الاتحاد الاشتراكي العربي، وكافلا للحاصل والفلاحين لأول مرة- عددا من مقاعد المجالس الديرية لا يقل عن نصفها.

(١) نشر هذا الإعلان بتاريخ ١٩٥٣/٢/١٠ في عدد الوقائع المصرية رقم ١٢ مكر ب [غير اعيدى].

(٢) هو الاتحاد القومي. ويلاحظ أن دستور ١٩٥٦ نشر بالوقائع المصرية -لعدد ٥ (مكرر) غير اعتيادي بتاريخ ١٦ يناير ١٩٥٦.

(٣) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - العدد الأول بتاريخ ١٩٥٨/٣/١٣.

وتلا هذا الميثاق، إعلانا دستوريا صدر في ٢٧ سبتمبر ١٩٦٢ متضمنا تنظيمًا في شكل دستور للسلطة العليا في الدولة (١). وأعقبه دستور آخر صدر في ١٩٦٤/٣/٢٤، وعمل به بوصفه دستورا مؤقتا، وإن ظل قائما حتى ١٩٧١ (٢).

ويدل استقراء هذه الدلائل جميعها على أن حقوق المواطن وحرياته التي كفلتها بصورة متفاوتة فيما بينها، لم يدعمها تنظيم خاص يكلل ضمانها بصورة جدية ممثلا في رقابة قضائية على دستورية القوانين، ينشئها هذا التنظيم الخاص ويضمنها.

ولكن القضاء كان يسلّم بهذه الرقابة وبضرورتها قبل أن ينص عليها دستور ١٩٧١.

وكان مجلس الثورة في مصر من أكبر دعائمها - لا بوصفها رقابة مركزية تنحصر في جهة واحدة - وإنما كرقابة لا مركزية تقوم عليها المحاكم جميعها باعتبارها مندرجة بالضرورة في إطار مهمتها الخاصة بتفسير النصوص القانونية جميعها على ضوء دلالتها، وبمراعاة ما بينها من تدرج يكلل السيادة للدستور فوق كل قاعدة قانونية لا نص عليها فيه.

(١) نشر هذا الإعلان في العدد رقم ٢٢٢ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٦٢/٩/٢٧.

(٢) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - العدد ٦٩ تابع (١) بتاريخ ١٩٦٤/٣/٢٤.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القبول بها وإنكارها

١٤٢- ولم تلق الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر منذ ١٩٢٣ مبادئ رحبة تجول فيها. ذلك أن بعض الفقهاء ظلوا معاندين لها حتى صدور دستورها الدائم في ١٩٧١. وكانت حججهم في ذلك، هي ذاتها التي ردها فقهاء آخرون في بعض الدول الأجنبية كفرنسا، حاصلها أن المبادرة لا تتعد لغير السلطة التشريعية التي تمثل الجماهير في مجموعها، وأن القوانين التي تقرها، هي في حقيقتها القانونية تعبير عن إرادتها، أو هي إرادة الأمة مجمعة *Rassemblement* ولا يتصور بالتالي أن تفرض على السلطة التشريعية التي لها ناصية المبادرة ويدها زمامها، رقابة من أي نوع، ولا أن يفترض الخطأ في تشريعاتها التي أقرتها أغلبية حرة بكامل إرادتها^(١).

ومن ثم كان القانون في مفهوم هؤلاء الفقهاء، مجرد تعبير عن المبادرة الوطنية التي لا تجلس عليها أية سلطة، ولو كانت هي السلطة القضائية التي يدعى عليها أن تنقح بتطبيقها للقانون، دون نظر منها في مضمون قواعده، وإلا كان ذلك عنواناً من جانبها على مبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ ترقى أهميته إلى حد التقديس، ويزيد من صرامته أن السلطة القضائية في مصر -بالنظر إلى أوضاعها الخاصة- تقتدر على الاستقلال الكامل عن السلطة التنفيذية، ولن يكون تدخلها في عمل السلطة التشريعية إلا تحريفاً للإرادة التي تمثلها.

هذا فضلاً عن أن القوانين التي تنظم السلطة القضائية، تمنعها من تأويل الأوامر الإدارية أو وقفها. ويدعى عليها بالتالي -بدلالة الأولى *A fortiori*- ألا يكون لها شأن بتأويل القوانين أو وقفها بقصد إرجاء أو تعطيل تنفيذها.

على أن فقهاء آخرين انتصفا للشرعية الدستورية بوصفها أداة إخضاع السلطتين التشريعية والتنفيذية -للتين لا تباشران غير اختصاصاتهما المنصوص عليها في الدستور وفي الحدود التي

(١) Jacques Rabert, "La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et reformes". R. D. P. 1990, p.1255.

بينها- لرقابة قضائية ترفع تعديدهما بهذه الحدود، على أن تقوم عليها جهة قضائية مستقلة عنهما، ولا تندمج في إحداهما أو تلحق بها^(١).

ولكن قيل نقياً لهذه الرقابة بأن القانون والدستور، يبلوران كلاهما الإرادة الشعبية، وأنها مجرد تعبير عنها، إلا أن الدستور يظل من عمل هيئة أعلى يفترض تمثيلها لأمتها بصورة أكثر عمقا وشمولاً وتوثيقاً، وضماتها لكل حق أو حرية أدرجتها في الدستور واحداً بعد الآخر.

فلا يكون الدستور إلا قاعدة لحقوق المواطنين وحرياتهم يتقيد المشرع بها في مجال تنظيمه للحق أو الحرية التي نص الدستور عليها.

هذا فضلاً عن أن السلطين التشريعية والتنفيذية تدينان في وجودهما إلى الدستور. لأنهما من خلقه.

ولا يتصور أن تعارض السلطة التي أنبتها الدستور، إرادة الهيئة الأعلى التي أنشأتها فإذا أهدر المشرع قيوداً حد بها الدستور من سلطته التقديرية، كان ذلك إنكاراً لحقيقة أن القواعد القانونية جميعها لا تتحد مراتبها، وإنما يطو بعضها البعض بالنظر إلى تدرجها فيما بينها، وتصادمها طبقاً فوق طبق، إلى نهاية بليانها ونزاه، ممثلاً في الدستور.

افضلاً عن أن الذين يتخوفون من الرقابة على الشرعية الدستورية، يتجاهلون أن الجهة التي تتولاها، لا تبشر غير وظيفة قضائية لها أوضاعها وضمائنها الخاصة، التي لا تحصل بها محل السلطة السياسية، ولا تقيمها بديلاً عنها، حتى مع القول بأن المسائل الدستورية التي تفصل فيها تخالطها عناصر سياسية تتأثر بها الحلول القانونية لهذه المسائل.

كذلك لا تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في نطاق الولاية التي عهد الدستور بها إلى السلطة التشريعية. وليس لهذه السلطة كذلك أن تؤثر بضغطها على قضاء جهة الرقابة للذين يتخذون قراراتهم في شأن المسائل الدستورية التي تطرح عليهم وفق ضمائرهم، وبمراعاة ما بين القواعد القانونية من تدرج يقدم عليها نصوص الدستور التي تؤكد علو الهيئة التي أنبتها، وتكفل موازنة

(١) تنص المادة ٩٤ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية [٢٣ مايو ١٩٤٩] على أن المحكمة الدستورية الاتحادية لا يجوز أن تكون جزءاً من السلطة التشريعية الاتحادية Bundestag التي تمثل الشعب في مجموعه، ولا جزءاً من الحكومة أو أي من تنظيماتها.

الديمقراطية، بضرورة أن يكون استعمال السلطة منحصرًا في حدودها لضيقه التي يبين الدستور تخومها كضمان يحول دون إحقاقها.

هذا فضلا عن أن محاكم مجلس الدولة تفرض رقابتها على الأوامر الإدارية جميعها -التنظيمية منها والفردية- وتلغيها بقدر تعارضها مع القانون، فلا يكون إبطال جهة الرقابة على الدستورية لكل قانون يناقض الدستور، مجالها للمنطق، ولا مجالها للشرعية الدستورية. بل هو إعلاء للدستور على كل سلطة تريد الخروج عليه.

وهو ما دعا بعض المحاكم في مصر، وإلى ما قبل العمل بالدستور الدائم، إلى الامتناع عن تطبيق كل قاعدة قانونية تنقض مخالفتها للدستور، سواء ألتحق مثلها بأوضاع شكلية ينفى إقرارها فيها، أو بمضمون كان عليها أن تولفه مع نصوص الدستور في محتواها الموضوعي^(١).

ولم يحسم أمر الرقابة القضائية على الدستورية -ومن خلال الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المناقضة للدستور- إلا بعد أن أصدر مجلس الدولة في مصر حكما دائما في ١٠ فبراير ١٩٤٨، مقيما دعائم هذه الرقابة على صحيح أسسها والتي تتحصل أولا في أن الرقابة القضائية على دستورية قانون أو مرسوم بقانون، لا يمنعها في مصر قانون وضعي، سواء كان عوار النصوص المطعون عليها من طبيعة شكلية أو موضوعية.

وأن للنزاع بقاعدة الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية لإكثار الرقابة القضائية على الدستورية، يقوم على حجة دامنة. ذلك أن قاعدة الفصل هذه، هي التي تقوم للرقابة على الدستورية عدها؛ لأنها تنوحي حصر نشاط كل سلطة في النطاق المفول لها طبقا للدستور، فلا تجاوز بأعمالها حدوده.

وما للدستور إلا قانون ينفى على المحاكم جميعها أن تطبقه باعتباره متربعا قمة لهم يضمم للقواعد القانونية جميعها، وإن كان يفاخرها في سموه عليها باعتباره موئل حقوق الأفراد وحررياتهم، وقاعدة الحياة الدستورية في كل جوانبها.

(١) صدر أول حكم يؤكد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور من محكمة مصر الابتدائية في أول مايو ١٩٤٦، إلا أن محكمة استئناف القاهرة ألغت حكمها في ٣٠ مايو ١٩٤٣ مستندة في ذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وإلى أن التحقق من مطابقة القانون للدستور، هو ما تتولاها السلطة التشريعية بمنسبة إقرارها للقانون.

فإذا تعارض الدستور والقانون في مجال تطبيقهما في خصومة قضائية، فإن فرض الجهة القضائية لهذه الخصومة، لا يكون إلا بتحتية القانون حتى لا يحكمها، ليكون الحكم للدستور دون غيره.

وتغليبها الدستور على القانون على النحو المتقدم، لا يفيد تعديها على السلطة التشريعية، ولا يدل على أنها تشرع بصورة مبتدأ بدلاً منها. ذلك إن وظيفتها القضائية تلزمها بمجرد الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، لا إلغاء هذا القانون أو إرجاء تنفيذه، فلا يكون تدخلها إلا لفض نزاع قائم لديها تعارض فيه القانون مع الدستور باعتباره القانون الأعلى^(١).

وقد كان من شأن قضاء مجلس الدولة المتقدم بيانه، تولى المحاكم جميعها -لما كان موقعها أو طبيعة اختصاصها- سلطة مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال خصومة قضائية تنظرها، وعن طريق دفع فرعى يتعلق بمسائل دستورية لها أثر على النزاع المرقد فيها. فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية المتصلة بالخصومة القضائية، إلا مسبقاً على الفصل في موضوعها. ومع ملاحظة أن تطبيق الدستور بدلاً من القانون عند وقوع تنازع بينهما، مرده أن إلغاء أية محكمة لقانون قائم، لا يكون إلا بنص صريح في الدستور.

فإذا خلا الدستور من نص يخولها هذا الاختصاص، فليس أمامها إلا الامتناع عن تطبيق القانون في النزاع المعروض عليها، وإن كان حكمها فيه لا يقدها هي نفسها في نزاع لاحق، ولا يلزم غيرها به، ولو في نزاع مماثل.

(١) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة في ٣٠ يونيو ١٩٥٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السادسة ص ١٦٦.

المبحث الثالث

رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور

١٤٣- تمثل رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، تطورا محدودا في اتجاه دعم الرقابة غير المركزية على الدستورية، إلا أن كثرة عيوبها جردتها من أهميتها.

ذلك أن ما كان يحويها بوجه خاص هو الاقتزارا إلى معايير موحدة تنقل على ضوءها دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ وتفرلها بين المحاكم جميعها؛ وتناقض أحكامها فيما بين بعضها البعض، وحتى داخل المحكمة الواحدة.

فضلا عن نمبية آثارها، ذلك أن الامتناع عن تطبيق القانون في خصومة بذاتها، لا يفيد تجريده من آثاره بصفة كاملة ونهائية، بل تظل آثاره جميعها قائمة ونافذة فيما عدا الدائرة المحدودة التي لحي هذا القانون عنها، وهي دائرة الخصومة القضائية التي أهدر فيها تطبيقه.

المبحث الرابع

إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية

١٤٤- وقد ظل امتناع المحاكم عن تطبيق القانون المناقض للدستور معمولاً به، إلى أن صدر القرار بقانون ٨١ في ١٩٦٩/٨/٣١، منشأ محكمة عليا تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين (١).

وقد اقترن إحداث هذه المحكمة -وكانت تم تنفيذاً لبيان ١٩٦٨/٣/٣٠- بصور قرار آخر بقانون عزل عدداً لا يستهان به من القضاة عن طريق تهنيئتهم من مواقفهم القضائية، سواء بنقلهم إلى جهة غير قضائية، أو بإنهاء خدمتهم بصفة نهائية؛ مما أحاط المحكمة العليا الوليدة بصورة قاتمة منذ إنشائها، جعلها تبدو كخطوة مقصودة -لا لتأكيد الشرعية الدستورية ودعم حقوق المواطنين وحرياتهم- وإنما كأداة في يد السلطة التنفيذية توجهها لتحقيق أغراضها في التحول الاجتماعي، وكذلك لامتصاص ما نجم عن عزل القضاة من مشاعر غاضبة.

وكان منطقياً بالتالي ألا يتقبل الوسيط القضائي وجود المحكمة العليا بجنس دية، وأن ينظر إليها مستربياً. فلا يطمئن لأحكامها ولو كانت صحيحة في ذاتها، خاصة بعد انتزاعها سلطة قضائية الموضوع في الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور؛ وتخويلها دون غيرها سلطة إبطال القوانين المخالفة للدستور، لا مجرد الامتناع عن تطبيقها.

وقد كان إبطال المحكمة العليا للقوانين المخالفة للدستور مؤداة تجريدتها من قوة نفاذها وإعدامها. وهي سلطة لا يجوز أن تتولاها المحكمة العليا بغير نص في الدستور. فإذا خولها إياها قرار بقانون صدر عن رئيس الجمهورية، كان هذا القرار مخالفاً للدستور.

ولمواجهة هذه للصعوبة حرص الدستور الدائم لعام ١٩٧١ على أن يضفي على ممارستها لذلك الاختصاص شرعية استثنائية، وذلك بما نص عليه الدستور في المادة ١٩٢ من أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(١) الجريدة الرسمية -العدد ٣٥ مكر في ١٩٦٩/٨/٣١ وقد أكمل هذا القرار بقانون، بقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ المتعلق بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والذي نشر في العدد ٢٥ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٠/٨/٢٧.

المبحث الخامس

انتماء ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها

١٤٥- على أن قانون المحكمة العليا، وإن عهد إليها دون غيرها باختصاص الفصل في دستورية القوانين بمعنى الكلمة، وقصر ولايتها على هذا النطاق وحده في مجال مباشرتها للرقابة القضائية على الشرعية للدستورية؛ إلا أن حكمها الصادر في ٣ يوليو ١٩٧١ في القضية رقم ٤ سنة ١ قضائية عليا "دستورية" بسط رقابتها هذه، على القواعد القانونية جميعها، بما في ذلك تلك التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

وهي تؤسس حكمها في ذلك على أن الرقابة على دستورية القوانين غايتها صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه. ولا يتحقق هذا الغرض على الوجه الذي يحويه قانون المحكمة العليا في مادته الرابعة، إلا ببسط رقابتها على للتشريعات كافة، الأصلية منها والفرعية. ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة باللمبة إليها جميعا. بل إن هذه المظنة أوسع في للتشريعات الفرعية منها في القوانين التي يتوافر لها من أوجه دراستها وبحثها ما لا يتوافر للوائح التي ينظم بعضها حريات المواطنين و أموره اليومية، خاصة وأن اللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية.

ولو قيل بأن الرقابة القضائية لهذه المحكمة لا تتناول اللوائح المشار إليها، لماد أمرها كما كلن إلى المحاكم جميعها، تنحصر في الدفوع التي تقدم إليها بعدم دستورتها، بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقش بعضها البعض(١).

(١) ص ١٦١٦ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - الجزء الأول طبعة ١٩٧٧.
انظر كذلك فيما ثار من خلاف حول انسحاب اختصاص المحكمة العليا إلى اللوائح، ص ١١١-١٢٨ من مؤلف الدكتور عادل شريف المستشار بالمحكمة الدستورية العليا في شأن القضاء الدستوري والرقابة على الدستورية إدار الشعب - طبعة ١٩٨٨.

المبحث السادس معارضة المحكمة العليا وانتقادها

١٤٦- ولم تقبل جهة القضاء العادي بالولاية التي بسطتها المحكمة العليا على دستورية اللوائح. فقد خلص الحكم الصادر عن الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض، في الطلب المقيد بجدولها برقم ٢١ سنة ٣٩ ق [رجال قضاء]، إلى تقرير لعدم القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية مقيمة حكمها في ذلك على دعائم حاصلها أن دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، هي التي تختص دون غيرها بالفصل في كافة الطلبات التي يقدمها رجال القضاء في شأن من شؤونهم الوظيفية؛ وأن نص المادة ٤ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨١ الصادر بإنشاء المحكمة العليا، وكذلك نص المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالرسوم والإجراءات أمامها، لا يخلانها غير الفصل في دستورية القوانين. ولا كذلك كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية. وإذا كان عزل القضاة من وظائفهم، من المسائل التي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون، لا بقرار بقانون؛ وكان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه، قد نص على أن يعتبر رجال القضاء الذين لا يعاد تعيينهم في جهاتهم الأصلية أو ينقلون منها إلى جهة أخرى، محالين إلى المعاش بحكم القانون؛ فإن هذا القرار بقانون يكون مشوباً بعيب جسيم يجعله عديم الأثر.

فضلاً عن أن القرار بقانون المطعون عليه، صدر عن رئيس الجمهورية بما يجاوز حدود التفويض المخول له بمقتضى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧، فقد حصر هذا القانون المسائل التي فوض رئيس الجمهورية فيها، في تلك التي تتصل بالأوضاع الاستثنائية التي تتعلق بأمن الدولة وسلامتها، و تعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي.

ومن ثم يقتصر موضوع هذا التفويض على المسائل التي حددها ذلك القانون، والتي قصد بتنظيمها مواجهة الأوضاع الاستثنائية الناجمة عن عدوان ٥ يونيو ١٩٧٦، والتي لا يندرج تحتها ما تضمنه القرار بقانون المطعون فيه من اعتبار القضاة الذين لا يعادون إلى وظائفهم، ولا ينقلون منها إلى وظيفة أخرى، محالين بحكم القانون إلى المعاش. ومن ثم يكون هذا القرار بقانون قد خرج عن حدود التفويض، وصار مجرداً بالتالي من قوة القانون (١).

(١) حكم محكمة النقض الصادر في ١٢/١٢/١٩٧٢ من الدائرة المدنية والتجارية - طلب المقيد في جدول المحكمة، برقم ٢١ سنة ٣٩ ق (رجال قضاء).

وإذا كان ما تقدم يعبر عن اتجاه محكمة النقض في شأن اختصاصها -دون المحكمة العليا- بالفصل في دستورية النصوص اللاتحكية التي لا ترقى مرتبتها إلى مرتبة القوانين؛ فإن المحكمة الإدارية العليا لم تقبل كذلك أن تتولى المحكمة العليا تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، قولاً منها بأن الاختصاص المخول للمحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً ملزماً، مقصور على النصوص القانونية الأكنى مرتبة من الدستور، ولا يمتدّها إلى ذات نصوص الدستور. ولو أراد المشرع أن يخول المحكمة العليا سلطة تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، لنعى على ذلك صراحة.

وثمة فارق كبير بين أن تفسر المحكمة العليا الدستور في محاولتها تفهم مراميّه في مجال فصلها في دستورية قانون أو لائحة؛ وبين أن تفسر الدستور بصفة أصلية ومباشرة، تفسيراً ملزماً، خاصة إذا قدم إليها طلب تفسير الدستور، بمناسبة قضية منظورة أمام قاضيه الطبيعي، وفي مرحلتها الحاسمة. فلا يكون هذا التفسير غير تدخل في شؤون العدالة، ومصادرة لحق التقاضي والدفاع للذين كلهمما الدستور في المادتين ٦٨ و٦٩؛ وتقليص دور القاضى الطبيعي إلى مجرد التطبيق الحرفى لتفسير ملزم أتاه من المحكمة العليا. فلا يزل على الخصومة المطروحة عليه، حكم قانون يراه صحيحاً، بل قاعدة أرتأها غيره مؤلفة لحظها.

فضلاً عن أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين، مؤداه أن القانون -بمعنى الكلمة هو محل رقابتها، وإن مراقبتها نصوص هذا القانون، لا تكون إلا على ضوء أحكام الدستور. ومن ثم تكون كلمة "القانون" الذى تفصل المحكمة العليا في دستوريته، هي ذاتها كلمة "القانون" الذى تفسر نصوصه تفسيراً تشريعياً. وإذا كان الدستور لم يفوض المحكمة العليا -فى تفسير نصوص الدستور تفسيراً ملزماً- تعبر به عن إرادة الجماهير، فإن لفتعالها هذا الاختصاص لنفسها، يكون حابط الأثر (١).

(١) المحكمة الإدارية العليا - (الدائرة الأولى) حكمها الصادر في ٩ أبريل ١٩٧٧ في الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢٣ قضائية عالياً في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى بجلسته ٢٩ من مارس ١٩٧٧ في الدعوى رقم ٨٢٩ لسنة ٣١ القضائية المعلقة من السيد كمال الدين حسين عبد الرحمن.

المبحث السابع

إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور

١٤٧- وقد كان دستور ١٩٧١ أفضل الدساتير المصرية على الإطلاق فيما تضمنه من قواعد في شأن الدولة للقانونية، أهمها تأكيد خضوعها للقانون، والنص صراحة على أن سيادة القانون أساس للحكم فيها، مع ضمان استقلال القضاء وحصانته لحماية حقوق الأفراد وحيرياتهم.

وهذه الملامح الرئيسية للدولة القانونية، هي التي كفلتها المادتان ٦٤ و٦٥ من الدستور، وموداهما خضوع الدولة لقواعد قانونية تسمو عليها، وتتقيد هي بها، فلا تخرج عنها في تصرفاتها، على أن يكون مضمون هذه القواعد -في هذه الأثناء- موازيا للقواعد التي جرى العمل بإطرافها في الدول الديمقراطية على تطبيقها بوصفها أسلوبا لحيلاتها وضابطا لحركتها.

وفي إطار هذه المفاهيم -وعلى ضوءها- كان منطقيا، بل وضروريا، أن تقوم جهة قضائية على ضمان تطبيق الدستور كقيد على السلطة في كل مظاهرها وأشكالها؛ وأن يكون بيد هذه الجهة وحدها سلطة التفسير النهائي لأحكام الدستور في نطاق الخصومة القضائية.

وفي إطار هذا الاتجاه، أحدث الدستور جهة للرابة القضائية على الشرعية الدستورية، هي المحكمة الدستورية العليا، وأحاط بالقواعد الرئيسية لتنظيمها، من خلال تحديده لطبيعتها ونطاق ولايتها؛ وضوابط تشكيلها؛ وشروط تعيين أعضائها وحقوقهم وحصانته، وعدم قابليتهم للعزل؛ وجواز مساءلتهم تأديبيا؛ وقواعد نشر أحكامها وقراراتها في الجريدة الرسمية.

وفوض الدستور المشرع في بيان الآثار المترتبة على أحكامها الصادرة بإبطال النصوص القانونية المخالفة للدستور.

المبحث الثامن

خصائص بنين المحكمة الدستورية العليا

١٤٨- تلك هي الخطوط الرئيسية التي أقام الدستور في إطارها بنين جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

ويلاحظ بشأنها ما يلي:

أولاً: حرص الدستور على أن تكون المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية قائمة بذاتها، كغلا من خلال استقلالها أن تدير وحدها كل شأن من شئونها، وأن تستقل في تصرفها، دون تدخل من أية جهة أيا كان موقعها^(١).

ثانياً: أتى الدستور بفصل خاص أفرد للمحكمة الدستورية العليا، دالا به على موقعها من المحاكم جميعها، وفرد لها دور متميز عنها؛ وأنها لا تعتبر جزءا من السلطة القضائية.

وقد توخى الدستور بفصلها عن السلطة القضائية، بالرغم من مباشرتها لوظيفة قضائية بمعنى الكلمة، تحقيق أمرين:

أولهما: أن تكون أحكامها في الدعاوى الدستورية وكذلك قراراتها بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، ملزمة للسلطة القضائية بكل فروعها ومحاكمها أيا كانت طبيعة المنازعة التي تصل إليها. ومما يباهض موقعها من السلطة القضائية، أن تكون جزءاً منها، ذلك أن الجزئية توجب اشتقاق الفرع من الأصل.

ثانيهما: أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تفصل دون غيرها، ووفقاً لنصوص المواد ٢٥ [بند ثانياً] و ٣٢ و ٣١ من قانونها فيما قد يثور من تنازع على الاختصاص بين أكثر من جهة قضائية، وكذلك فيما قد يقع من تعارض بين حكمين نهائين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين.

وقد افترد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها تقوم بدور الحكم بين الجهتين القضائيتين المتنازعتين على الاختصاص، أو اللتين وقع التناقض بين أحكامهما النهائية.

(١) تنص المادة ١٧٤ من الدستور على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية مدينة القاهرة.

ولا يجوز مع كونها حكماً، أن تكون طرفاً في خصومة التنازع أو التناقض؛ بل يجب أن تتوافر لها حيدتها واستقلالها عند الفصل في هذه الخصومة، وألا تكون جزءاً من هاتين الجهتين القضائيتين المتنازعتين كي تستقل عنهما بتشكيلها وضمائلتها، بما يكفل تقيدهما معاً بأحكامهما قسماً شأن هذا التناقض أو التنازع (١).

كذلك فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا بتعيين الجهة القضائية المختصة، مؤداة إسباغ الولاية من جديد على الجهة التي عينتها كي تفصل في الخصومة التي نحتها عن نظرها؛ غير مقيدة بحكمها السابق بعدم اختصاصها بالفصل فيها، ولو كان هذا الحكم قد صار نهائياً (٢). وفي ذلك تسليط لأحكام المحكمة الدستورية العليا على كل جهة قضائية غيرها.

ثالثاً: على أن المحكمة الدستورية العليا، وإن لم تكن جزءاً من السلطة القضائية بمحاكمها المختلفة، إلا أنها تفصل في خصومة من طبيعة قضائية، سواء في المعاملات الدستورية التي تطرح عليها، أو في خصومة التنازع أو التناقض، أو في منازعة تنفيذ تتصل بها وفقاً لنص المادة ٥٠ من قانونها.

رابعاً: أن المشرع وإن عهد إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل في خصومة التنازع أو التناقض، وكذلك في خصومة التنفيذ على ما تنص عليه المواد ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانونها. فضلاً عن الفصل في كل طلب يقدم إليها وفقاً لنص المادة ٣٣ من هذا القانون لتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً إلا ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية وفقاً لنص المادتين ٢٧ و ٢٩ من ذلك القانون، تلبور أهم اختصاصاتها، ودائرة الضوء التي تحيط بها. ومن ثم حرص نص المادة ١٧٥ من الدستور، على تقريره بصورة صريحة لا خفاء منها، حتى تظل المحكمة الدستورية العليا في مأمن من عنوان السلطة التشريعية على ولايتها. فسي أكثر مجالاتها أهمية.

(١) دستورية عليا القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣ - ص ٤٠٦ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها، وكذلك "دستورية عليا القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية تنازع" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥ - ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) دستورية عليا القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية تنازع - جلسة ٢٠/٣/١٩٩٣ - قاعدة رقم ٧/١٢ ص ٥٦٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

خامساً: أن الدستور وإن اختص المحكمة الدستورية العليا وألزمها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، إلا أن توليها لهذا الاختصاص لا يكون إلا على الوجه المبين في القانون.

وقد أقر البرلمان -بعد ثمانى سنين على صدور الدستور- قانون المحكمة الدستورية العليا مفصلاً به كيفية اتصال الخصومة للدستورية بها، والقواعد الإجرائية الخاصة بتحضيرها والفصل فيها. ومضيفاً إلى اختصاصها بالفصل في دستورية النصوص القانونية، اختصاصين آخرين يتعلق أحدهما بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، وثانيهما بالفصل في تنازع الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين، وكذلك فيما يقع من تناقض بين حكمين نهائيين صادرين عن هاتين الجهتين.

المبحث التاسع

تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا

١٤٩- ويلاحظ أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا، وإن تعاقبتا على مباشرة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، إلا أن ثانيتهما كان دورها أكثر فاعلية، وجرائها أكثر ثوبًا.

فلم يكن موقفها من هذه الرقابة متوانيا، أو قائما على الطول للتوفيقية، بل تنفقا عريضا يقوم للشرعية الدستورية بدورها الحق في إطار نظرية علمية لا تخطئها العين، أو تزوغ عنها الأبصار، بل تتكامل ملامحها بما يحول دون اختراقها.

ولم يكن صحيحا بالتالي ما تصوره البعض من أن إنشاء المحكمة الدستورية العليا، كان وليد رغبة عميقة تتوخى ضمان حقوق الفرد وحرياته.

وربما كان نقيض ذلك صحيحا بعد أن توقع كثيرون أن تتعرض خطاها، وأن ترضخ في النهاية لضغوط عليها متقولة في درجتها، شأنها في ذلك شأن قضاء المحكمة العليا الذين كانوا يعينون لفترة زمنية موقوتة. وأن تكون المحكمة الدستورية العليا بالتالي غير مجرد واجهة ديموقراطية زائفة ليس لها من القوة أسبابها، خاصة وإن الفترة الناصرية التي عايشتها المحكمة العليا لا تزال لها ظلالها، ولم تنتثر بعد توجهاتها، ولا القيم التي اتخذتها عقيدة لها بما يؤذن ببقاء المحكمة الدستورية العليا أسيرة لها، ولو بغير وعى منها، وما يجلها في النهاية مجرد ظلال سوداء تطبعها بقتامتها.

غير أن الذين تصوروا مصيرا شائها للمحكمة الدستورية العليا، فاتهم أن المحاكم الدستورية في بلدان عديدة، حتى تلك التي تم ميلادها من أرحام النظم الشمولية أو ديكتاتورية القوة، كان إيمانها عميقا بضرورة أن تتحرر في ممارستها لوظيفتها القضائية، من أغلال السلطة التي خلقت لها أو أسستها. فلا تكون صوتا لها، ولا تختلط بأفانها، بل تستقل عنها بما ينفي تشبيهها بالأجرام السماوية التي لا تغير من مدارها.

وإنما يكون لكل محكمة دستورية -ولو بصورة بطيئة ومتدرجة- نقطة انطلاق جوهرية تتمثل في بينتها وضرورة تطويرها؛ وفي وجوب إخضاع المهام التي تقوم عليها لنظرة واقعية يبلورها قضائها الذين لا يكرسون مفاهيم بالية لنصوص قانونية معيبة تقم للنظم الشمولية معابدها، ولصور

للطفان أسبابها. وإنما هي آمال المواطنين وطموحاتهم يتخونها مدخل لرقابتهم على دستورية النصوص القانونية لضمان حقوقهم وحياتهم التي كلها للمستور.

وينبغي ألا يغيب عن البال أن المحكمة العليا كانت تعمل في أجواء خلاقسة، وكانت ولاية قضائتها محدود زمنها. ولكن ذلك لم ينشأ عن أن تصدر أحكاماً رائدة في مجال الرقابة على دستورية القوانين، خاصة وأن أحكامها هذه كانت في السنين الأولى لمباشرة هذه الرقابة بصورة عملية. ولقضائتها كل التقدير لكل جهد بذلوه، والتوفير لحظهم وخبراتهم.

المبحث العاشر

موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوربي والأمريكي

الرقابة على دستورية القوانين

١٥٠- على امتداد قرون عديدة، لم تكن حقوق الإنسان وحرياته غير أفكار صاغتها وثائق إعلان الحقوق، إلا أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، نقلتها إلى تطبيقاتها العملية بما يؤلفها والأوضاع المتغيرة في الجماعة يوماً بعد يوم، فلا تكون حركتها في إطارها، إلا تعبيراً عن إيمان المواطنين بضرورتها، ويقتضتهم في مجال الدفاع عنها.

وفي مجال مركزية الرقابة القضائية على الدستورية أو توزيعها، يقع التمييز بين النظامين الأمريكي والأوربي.

فطى ضوء النموذج الأمريكي، لا تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في محكمة واحدة، ولكنها تتوزع بين المحاكم جميعها، كي تفصل كلا منها في مسائلها، التي تراجعها فيها المحكمة العليا الفيدرالية (١).

ولا كذلك للنموذج الأوربي الذي يجعل الرقابة القضائية على الدستورية منحصرة في محكمة خاصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض، على أن تكون لها سماتها الخاصة التي تفردها، والتي تفصلها عن غيرها من المحاكم.

وقد ساد هذا النموذج في كثير من الدول في بداية القرن العشرين، وعلى الأخص بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، كالمحكمة النمساوية والإيطالية والألمانية والمجلس الدستوري الفرنسي (٢).

(١) ظهر النموذج الأمريكي في بداية القرن التاسع عشر حيث قرر بصفة رئيسية بالحكم الصادر في قضية: *Marbury v. Madison* (1 Granch), 137 (1803).

(٢) المولد من ١٤٧ إلى ١٤٨ من القانون الدستوري للنمسا المعمول به في ١٢/١٠/١٩٤٥ والمولد من ١٣٤ إلى ١٣٧ من دستور إيطاليا في ٢٧/١٢/١٩٤٧ والمادة ٩٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية المعمول به في ٢٣/٥/١٩٤٩، وفي فرنسا من خلال مجلسها الدستوري المنصوص عليه في دستور ١٩٥٨/١٠/٤.

وتزايد عند هذه المحاكم بعد أن أنشأتها دول كثيرة في الجزء الثاني من القرن العشرين من بينها
اسبانيا والبرتغال وبلجيكا^(١).

واستقراء هذين النموذجين، يدل على انحياز دول القانون العام إلى النموذج الأمريكي وعلى
الأخص في كندا وأستراليا وجنوب أفريقيا والهند.

وتأخذ اليونان والدول الاسكندنافية بالرقابة اللامركزية بعد مزجها ببعض عناصر النموذج
الأوروبي.

ولا تزال هذه الرقابة غير مسلم بها في دول قليلة كهولندا والمملكة المتحدة
ولوكسمبورج، وإن صبح القول بأن الأهمية التي أعطتها الدول بوجه عام للرقابة القضائية على
دستورية القوانين، هي التي نشرتها في دول أوروبا الشرقية كبلغاريا، والمجر، وبولندا، وجمهورية
سلوفاكيا والجمهورية التشيكية.

ومع أن للرقابة على دستورية القوانين -حتى مع تبين الدول التي أقرتها في تنظيماتها- غاية
وحيدة تتمثل في تحقيق الشريعة الدستورية من خلال تنفيذ كل سلطة بالحدود التي رسمها الدستور
لها، وصون حقوق المواطنين وحرياتهم، إلا أن لكل جهة رقابية قواعد لتشكيلها، وتوخا لولايتها،
وطرائق وآلية إجرائية، ووسائل فنية للفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، فقد تكون
رقابتها سابقة على صدور القانون، أو لاحقة لظلاله.

وقد تكون رقابة مجردة تأخذ شكل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أو رقابة حية تبلورها
خصومة دستورية يتطاحن أفرادها وتثار خلالها حاداً بين مصالحهم. وقد تكون الحقوق التي يكتفلها
الدستور لجهة الرقابة في بعض الدول أكثر سخاء من الحقوق المقررة في غيرها.

وقد زلوج النظام في مصر بين النموذجين الأوربي والأمريكي، وذلك بتركيزه الرقابة على
الدستورية في يد جهة واحدة أنشأها الدستور بصفة خاصة لهذا الغرض -تأسس بالنموذج الأوروبي-

(١) المواد من ١٥٩ - ١٦٥ من الدستور الأسباني الصادر في ١٩٧٨/١٢/٢٩ أما في البرتغال فقد أنشئت محكمة
الدستورية بمقتضى القانون الدستوري رقم ١ لعام ١٩٨٢ المعمول به في ١٩٨٢/٩/٣٠. وفي بلجيكا أنشئت بها
محكمة التحكيم بمقتضى تعديل دستوري تم في ١٩٨٠/٧/٢٩. ولم تعط لها سلطة الفصل في الحقوق الأساسية
للمواطنين إلا بمقتضى التعديل الدستوري الصادر في ١٥ يوليو ١٩٨٨.

هي المحكمة الدستورية العليا التي تفصل في المسائل الدستورية وفق الأوضاع المنصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها، والتي يندرج تحتها الطعن في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور -بعد العمل بها A Posteriori- عن طريق دفع بئار أمام محكمة الموضوع. وذلك استهداء بالنموذج الأمريكي.

وينبغي أن يلاحظ أن دستور مصر لعام ١٩٧١، وإن كان حديثاً، إلا أنه ضم بين دفتيه ثراء التجربة المصرية وتناقضاتها. وأية ذلك التركيز على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمفاهيم الاشتراكية من جهة، مع إلقاء الاعتبار بقدر أقل للحقوق المدنية والسياسية، من جهة ثانية؛ وتأمين الحماية القانونية المتكافئة طوراً، مع تقرير حصة للمسال والفلاحين في المجالس النيابية لا تقل عن ٥٠% من مقاعدها طوراً آخر؛ وضمان حرية التعبير من جهة، واشتراط أن يكون النقد بناء من جهة أخرى؛ وتوكيد حق التقاضي للناس جميعاً، مع تخويل المواطنين دون غيرهم حق اللجوء إلى القاضي الطبيعي؛ والنص في الدستور على المحاكمة القانونية للمتهم التي يحدد المشرع إطارها؛ بدلاً من المحاكمة المنصفة التي يرسم الدستور ضوابطها؛ وتقرير العدالة الاجتماعية كقاعدة تحكم النظام الضريبي في الدولة، وعدم تطبيق مفهومها بالنسبة إلى غير الضريبة من الأعباء العامة، مما جعل للدستور بعداً في بعض زواياه، عن أن يكون متجانساً في الأصول التي يقوم عليها (١).

(1) Nathalie BERNARD-MAUGIRON, THESE DE DOCTORAT EN DROIT "LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE EGYPTIENNE ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX", le 5 juillet 1999, p.11

الفصل العاشر

الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بفروع القانون

المبحث الأول

الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كافة

١٥١- تحيط الرقابة القضائية على الدستورية بفروع القانون جميعها، سواء في أصول المسائل التي تنظمها، أو في أجزائها وتفاصيلها.

كذلك تتناول هذه الرقابة النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو التي أصدرها، ليس فقط من جهة الحقوق التي أدخل بها صراحة، ولكنها تتسع كذلك لتلك التي أهدرها ضمنا، سواء قصد المشرع إلى مخالفة الدستور، أم كان الخروج على أحكامه قد وقع عرضا (١).

والرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تقم لفروع القانون جميعها أسسها وضوابط تطبيقها، سواء تعلق الأمر بالقانون الخاص أو القانون العام.

وهي بذلك تتسع لكل المسائل التي تناولها المشرع بالتنظيم، ليا كان موضوعها. فلا يظهر القانون في صورته النهائية، غير مجرد تعبير عن المفاهيم التي أدخلتها جهة الرقابة على بنائه، ليظل محكوما بها، دائرا في لكها لا يريم عنها.

ولئن صح القول بأن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يفقد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز تعطيلها؛ وكان الدستور لا يكل للحقوق ضماناتها إلا بقصد تأكيد فعاليتها، ويحظر كل عدول على مجالاتها الحيوية التي يرتبط وجودها بها (٢)؛ وكان لا يجوز أن تخطط الوظيفة القضائية بالوظيفة التشريعية، بل ينبغي أن تكون للسلطة التشريعية إرادتها سواء في منطقة اختصاصاتها التقديرية، أو

(١) مسنورية عليا -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٧ -مس ٢٩٩ من الجزء السابع.

(٢) مسنورية عليا -القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- مساعدة رقم ٢/٧١ -مس ١٠٦٧ الجزء الثامن والقضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق مسنورية- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٢/٨٣ -مس ١١٥٦ من الجزء الثامن.

فما هو مقيد من مظاهر ولايتها؛ وكان من شأن القيود التي فرضها الدستور عليها، إبطال كل قانون يصدر على خلافها؛ وكان من المقرر حتى في نطاق سلطاتها التقديرية أن ترتبط دستورية النصوص القانونية التي تقرأها -عقلاً- بما هو مشروع من أهدافها؛ وكان لا يجوز لجهة الرقابة أن تناقشها في مقاصد النصوص التي صاغتها؛ ولا أن تعارضها في حكمها؛ ولا أن تتحلل لها غير المعاني التي قرنتها؛ ولا أن توجهها إلى سياسية تشريعية تراها أفضل من غيرها؛ ولا أن تقترح عليها تنفيذها في وقت دون آخر؛ ولا أن تبصرها بأوضاع معينة لم تتركها؛ ولا أن تلزمها ببديل غير التي انتقها السلطة التشريعية لتنظيم الحق أو الحرية؛ فقد صار تعدد السلطة التشريعية بتخوم ولايتها، أصلاً ثابتاً في المراجعة القضائية لتصرفاتها^(١).

ولى هذه المنطقة، تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر سلطاتها تأثيراً في مجتمعها، وأبعدا تحويراً لبنيانه، وأبلغها زجراً للسلطة التشريعية، وأقربها اتصالاً بضمضان سيادة الدستور في إطار دولة قانونية ينبغي أن تعطيه كل اهتمامها وتوقرها.

ويبدو الآثار الواضحة والبعيدة لقضاء جهة الرقابة على الدستورية في فروع القانون المتصلة بالحرية الشخصية؛ وبحرمة الملكية الخاصة؛ وبحرية التعاقد؛ وبحق الدفاع؛ وبحق اللجوء إلى القضاء الطبيعي؛ وبضمان استقلال القضاء وحجته لصون حقوق الأفراد وحررياتهم جميعها؛ وبنطاق الأعباء المالية التي يجوز فرضها على المواطن؛ وبقوانين أحوالهم الشخصية وغيرها.

ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية، تتناول هذه النصوص في كافة مواضعها، وأياً كان موضوعها.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في فروع القانون المختلفة بقدر تطبقها بالمسائل الدستورية المثارة في الخصومة المطروحة عليها. ولم تنحصر رقابتها بالتالي في فرع دون آخر من فروع القانون، ولكنها وسعتها جميعها لنقلها برقابتها من النصوص الجنائية إلى النصوص المالية؛ وإلى الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في نطاق اختصاصاتها التشريعية الأصلية والاستثنائية؛ وإلى الحقوق التي كفلتها قواعد القانون الدولي؛ وإلى أدواته في تنظيم العلاقات بين أسرة

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" -جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥- قاعدة رقم ٣٦ -ص ٢٩٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢- قاعدة رقم ٥/٣٣ -ص ٥٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

الأمم كالمعاهدات الدولية؛ وإلى ضوابط التحيين والاختيار في الوظيفة العامة؛ وإلى غير ذلك من المسائل التي تثيرها النصوص القانونية كالحق في العمل، وفي الملكية، وغيرها من الحقوق التي تنفرد عن إرادة الاختيار. فلا تكون الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على النصوص القانونية المطعون عليها، غير رقابة شاملة تتناولها في كافة موانعها، وبغض النظر عن تعلقها بهذا الفرع أو ذلك من فروع القانون.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي

المطلب الأول

المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي

١٥٢- يتصل تطبيق القانون الجنائي بالحرية الشخصية التي لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تلبيها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها.

ذلك إن الحرية الشخصية وثيقة الصلة بالحق في الحياة. وكل قيد على هذه الحرية يتخذ شكل الجزاء الجنائي، يتمخض عقابا مقتضيا إخضاع هذا الجزاء لأكثر صور الرقابة القضائية على الدستورية حدة.

ذلك إن النصوص الجنائية -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير منزمنة تلتم مع طبيعتها بالنظر إلى أن هذه النصوص هي التي تكتفي الجرائم وتقرر عقوباتها.

وإذا ماغ القول بأن ضمان الحرية للشخصية لا يعنى ظل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، على تقدير أن ما نوحاه الدستور بصونها، هو مباشرتها دون قيود جائرة تدل منها، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها؛ وكان القانون الجنائي، وإن اتفق مع غيره من القوانين في سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض، أو فيما بينهم وبين مجتمعهم، إلا أن هذا القانون يفارقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم ما لا يجوز التسامح فيه اجتماعيا من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون القبول بها متوقعا من منظور اجتماعي.

ولا يجوز بالتالي أن يجرم المشرع غير الأفعال التي تربطها علاقة منطقية بأضرار اجتماعية لها من وضوح ملامحها ما يكفل تعيينها وتوكيدها *Identifiable and ascertainable judicial harm*.

وشرط ذلك أن يكون الجزاء الجنائي، ملبيا لضرورة أن ينهي المذنوبين لحياة أفضل، مستطهما لأوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها، نائيا بعقابهم عن أن يكون واقعا بين الإقراط أو للتفريط، منتها إلى الحضي على الجريمة لو نه، أو مغاليا في ردع مرتكبها بالنظر إلى شدته.

ويتعين من ثم، أن يحيط الجزاء الجنائي بهذه العوامل جميعها، وأن يصاغ على ضوءها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره Single valued approach.

وكما استقام الجزاء الجنائي على قواعد يكون بها ملائمة، ومبرراً من منظور اجتماعي، فإن إحلال جهة للرقابة على المستوية لاختيارها محل المشرع في شأن تقرير جزاء، أو تحديد مدها، لا يكون جائزاً دستورياً (١).

المطلب الثاني

عموض النصوص الجنائية وانسائها

١٥٣- لعل أكثر ما يهتد الحرية الشخصية، أن يكون النص العقابي مُجهلاً بمعناه، أو مظلتاً بمده.

ذلك إن عموض النص العقابي مؤداة أن يجهل المشرع بالأفعال التي أشمها، فلا يكون تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل منبهما خلفياً.

ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بطو مداركهم ولا يتسمون بالحدارها. إنما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالاتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حتمهم طريقاً إلى التخبط في شأن صحيح مضمونها ومراميتها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحسد مقاصده منها، بصورة ينصم بها كل جنل حول حقيقتها.

مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطاراً معقولاً Fair notice بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يلتوه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٦/٤٧ - من ٧٢٤ و ٧٢٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. أنظر كذلك - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٣/٢٢/٨ - من ١٥٥ و ١٥٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. فضلاً عن القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٢/١٥ - من ٢٧٧ - الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وليس جائزاً بالتالى أن يكون تطبيق تلك النصوص من قبل القائمين على تنفيذها، عملاً انتقائياً كاشفاً عن أهوائهم ونزواتهم الشخصية، ومبلوراً بالتالى خياراتهم التى يتصيون بها من يريدون، فلا تكون غير شراك لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأيهام بها نذيراً.

كذلك، فإن النصوص العقابية فضلاً عن غموضها، قد تنقسم بتميعها من خلال لتساعها وإنفلاتها، فلا تنحصر دائرة تطبيقها فى تلك الأعمال التى يجوز تأكيدها وفقاً للمستور، بل تجاوزها إلى أفعال رخص للمستور بها، أو كفل صونها بما يحول دون اشتغال التجريم عليها.

وهو ما يعنى إزراطها فى التأكي، فلا يكون نسيجها (إلا ثوباً يفيض عنها، ولا يلتئم وصحبتج بديانها Broad and fluid determination (١).

ولا يجوز بالتالى أن تكون النصوص العقابية، شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً بالتساعها، أو يخفانها، من يقعون تحتها أو يخطئون موالعها، إذ لو جاز ذلك لكان بيد السلطة القضائية أن تصنفهم بنفسها -وجميعهم منهمون محتملين- وأن تقرر من يجوز احتجازه من بينهم، فلا يكون غموض القوانين الجنائية وفرطتها، غير منخل إلى إهدار حقوق كفلها المستور، كذلك التى تتعلق بحرية التعبير، وبالحق فى تكامل الشخصية، وفى التنقل، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع (٢).

وكما أثم المشرع أفعالا بذواتها حال وقوعها فى مكان معين، فإن تعيين حدود هذا المكان بما يبنى التجهيل به، يعتبر شرطاً أولياً لصون الحرية للشخصية (٣).

وصار لازماً أن يكون النص العقابى حاداً قاطعاً، لا يؤذن بتداخل معانيه أو تشابكها كى لا تتداح دائرة التجريم، بما يخل بالأسس التى تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered liberty التى يختل ضماؤها من خلال قوانين جنائية تغتفر إلى الحد الأدنى من المعايير اللازمة لضبطها.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧-ص ٧١٣- ٧١٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. راجع كذلك القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٩٢١ق "مستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- القاعدة رقم ١٧/٥- ص ١٦٦- ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤- قاعدة رقم ٥/٢٨ ص ٣٦٣- ٣٦٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٤/٢٨- ص ٣٦٣ من الجزء السادس.

فضلا عن أن المواطنين الذين لاختلط عليهم نطق التجريم، يحدون عادة -حذر العقوبة وتوقيها لها- عن مباشرة الأفعال التي داخلتهم شبهة تأنيها، وإن كان القانون بمعناه العام يوسعها.

كذلك فإن غموض النصوص العقابية وتسميها، يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا لبس فيه.

وهي قواعد لا ترحض فيها، وتمثل إطارا لمعلما لا يجوز التهام حدوده، خاصة وأن الدستور لم يلزم السلطة التشريعية بأنماط بذواتها تفرغ فيها الأفعال التي تؤثمها، وإن كلفها بأن تعمل من أجل ضبط النصوص القانونية التي تحدد هذه الأفعال، بما لا يخل بالحدود الضيقة لنواحيها^(١).

المطلب الثالث

ضوابط دستورية العقوبة

١٥٤- دل الدستور بنص المادة ٦٦ التي تنص بالآ جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، على أن السلطة التشريعية هي التي تتولى أصلا بنفسها -ومن خلال قانون بمعنى الكلمة- تحديد الجرائم وبيان عقوباتها.

وليس لها بالتالي أن تتغلى كلية للسلطة التنفيذية عن ولايتها هذه، أو عن جوانبها الأكثر أهمية؛ وإن كان يكفيها وفقا لنص المادة ٦٦ من الدستور، أن تحدد إطارا عاما لشروط التجريم، وما يقرنها من جزاء؛ لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، بما يجعل تدخلها في المجال العقابي وفق للشروط والأوضاع التي حددها القانون.

فلا يدور التجريم إلا مع النصوص القانونية التي تنسم بصوميئتها ولتقاء شخصيتها La Portée générale et impersonnelle.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية دستورية- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٣/١٧ - ٥ ص ١٦٧ - ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

ولا يعنى ذلك أن السلطة التنفيذية مجالا محجوزا تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها لا سند لها من قانون قائم (١).

ومن المقرر كذلك، أن وحدة التنظيم القانوني للجرائم التى ارتبط بها الجزاء الجنائى، لا ينال منها سريان هذا التنظيم فى شأن أشخاص يختلفون فيما بينهم بالنظر إلى مضمون التزاماتهم التى عاقبهم المشرع على الإخلال بها عقاباً جنائياً. إذ لا يعدو ذلك أن يكون تقريراً لجزاء جنائى فى شأن وقائع متخلفة. وليس من شأن تبليغها أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها قد انتقل من المشرع إلى أيديهم (٢).

ولأن فكرة الجزاء -سدياً كان أم جنائياً- مفادها أن خطأ معين لا يجوز تجاوزه، فقد صار محققاً أن كل جزاء جنائى لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها.

ويتحقق ذلك فى المجال الجنائى من خلال النصوص العقابية التى تتحدد على ضوءها الأفعال التى أثنى المشرع بصورة جلية قاطعة.

بما مؤداه ضرورة بيانها بما يكفل تعيين عناصرها تعريفاً بها، فلا يجوز قياس غيرها من الأفعال عليها، ولو كان مضمونها فجاً عابثاً، أو كان وقوع الأفعال المقيمة، يثير اضطراباً عميقاً.

ومن ثم تكون شرعية النصوص الجنائية، مقيدة لطاق تطبيقها بما لا يلبسها بغيرها، وبمراعاة أن العقوبة التى تقارن هذه النصوص، لا تعتبر نتيجة لازمة للجريمة التى تتصل بها، بل جزءاً منها يتكامل معها ويتممها (٣).

والأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نأياً بها عن أن تكون إيلاماً غير مبرر، يؤكد قسوتها فى غير ضرورة.

(١) "مستورية عليا" القضائية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧ ص ٧٢٢-٧٢٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص ٧٢٤ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية" -القضائية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٢/٣/١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٣ ص ٤١٨-٤١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولم يعد جائزا بالتالى، أن يكون مضمون الجزاء الجنائى أو مدهاء، أو كيفية تنفيذه، دالاً على مجافاته للقيم التى ارتضتها الأمم المتحضرة، والتى تؤكد رقى صها، وتكون علامة على نضجها على طريق تطورها.

خاصة وأن العمل فى الدول الديمقراطية جميعها، قد دل على تسليمها بالحقوق -التي تعتبر بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها- وثيقة الصلة بالحرية الشخصية، والتي لا يجوز معها أن تكون العقوبة مقيدة للحرية للشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة. وهى تكون كذلك بقسوتها أو امتثالها للكرامة الإنسانية.

ذلك أن انحطاط أو فحش الجزاء، مؤدها خروجه بصورة واضحة على الحدود التى يكون معها موافقاً للأفعال التى أثمها المشرع، بما يصادم التقدير الخلقى لأوساط الناس فيما يكون فى مفهومهم -وعلى ضوء القيم التى توارثوها، والعقائد التى لا يتحولون عنها- حقاً وصدقاً^(١).

* كذلك فإن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، ذلك إن الجرائم لا تتحد فى خطورتها، ولا يعتبر المتهمون نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جرائمهم أو دوافعها، أو خلفيتها.

وهم كذلك لا يتجانسون فى خصائص تكوينهم؛ ولا فى قدر ذكائهم، ولا فى نوع تعليمهم؛ ولا فى درجة نزوعهم إلى الإجرام، وتردها بين أئنها واعتدالها؛ وغلوها، وإسفافها.

والاستثناء من قاعدة تفريد العقوبة أياً كان غرضه، مؤده أن المذنبين تجمعهم صورة واحدة يصوبون فى آلتها، وأنهم يتوافتون فى ظروفهم وأوضاع سلوكهم، وأن وحدة جرائمهم تقتضى وحدة عقوبتهم. وهو ما يحى إيقاع جزاء فى غير ضرورة، بما يفقد العقوبة فى مجال توقيعها، تكاسبها مع وزن الجريمة وخطورتها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتضى.

وإذ يُبطل المحكمة الدستورية العليا العقوبة التى فرضها المشرع بالنظر إلى انعدام تناسبها مع الجريمة التى تقارنها، فإنها تتل من ذلك التقدير التشريعى للعقوبة.

وكذلك الأمر إذا حذر المشرع وقف تنفيذ العقوبة المقررة للجريمة. ذلك أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لهذا الخطر -وهو تقدير تشريعى- مؤده أن تستعيد محكمة الموضوع سلطتها فى

(١) الحكم السابق ص ٤١٩ - ٤٥٠ من الجزء السابع.

تفريد العقوبة. فلا تنزلها بنفسها على الواقعة الإجرامية بافتراض ملائمتها لها فسى كل أحوالها ومتغيراتها، ولكنها ترن وطأة العقوبة، بنوع الجريمة وظروفها وشخص مرتكبها، ضمانا من جانبها لمعقولة العقوبة وإنسانياتها.

يؤيد هذا النظر، أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مدتها- هو الذى يحقق الإيلاء المقصود بها، لبتها بتطبيقها بالصورة التى صلبها المشرع فيها- خطر اتصال المحكوم عليهم بها، بمنزبين آخرين ربما كانوا ألدح أجراما.

وليس ذلك من السياسة الجنائية فى شئ. وهو كذلك يناقض جوهر الوظيفة القضائية، وقوامها أن يستظهر القاضى دور كل منهم فى الجريمة، ونواياها التى قارنتها، وخياراته بشأنها، وما نجم عنها من ضرر، وما يوائم بين الصيغة التى أفرغ المشرع للعقوبة فيها، وملائمة تطبيقها فى شأن جريمة بذاتها جبرا لأثارها من منظور موضوعى يتعلق بها ويمررتكها (١).

فلا يكون تقدير القاضى للعقوبة التى يوقعها غير شرط يقتضيه الدستور بصفة أولية لضمان موضوعية تطبيقها.

A constitutional Prerequisite to the proportionate imposition of penalty.

كذلك تبلور العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن الجريمة مفهوما للعدالة يتحدد على ضسوء الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها، ولتلى لا يندرج تحتها رغبة للجماعة أو حرصها على إزواء تعطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تكفيرا عن الجريمة التى ارتكبها وتكفلا به؛ وإن أمكن القول إجمالا بأن ما يعتبر جزءا جنائيا، لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازما لحصل

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٨ ق/دستورية- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٦٣/١-٦- ص ٩٢٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

رلج كذلك "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية مستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- للقاعدة رقم ١٤٠١٣، ١٢، ١١، ١٠، ٧١٧، ٧١٦، ٧١٧ من الجزء الثامن؛ فضلا عن القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق/مستورية- جلسة ٣ أغسطس ١٩٩٦/ قاعدة رقم ٧/٣- ١٠- ص ٧٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ وكذلك القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١ سبتمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٤ من ٨٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

الفرد على أن ينتهج طريقاً سويلاً لا تكون الجريمة مخفلاً إليه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عُد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها (١).

وفي هذا الإطار يتعين التمييز بين نوعين من الردع:

أحدهما ردع عام، ويتمثل في العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن الجرائم التي حددها، متدرجاً بوطأة عقوبتها على ضوء خطورة كل جريمة، ليحصل من خلال عبثها مجازة محتملين على الإعراض عنها.

والثانيهما ردع خاص يتحقق في شأن جريمة ارتكبتها شخص معين ليحدد القاضى نطاق مسؤوليته عنها، وقدر العقوبة التي تنسبها، كرد فعل لها.

ويتصل الردع الخاص بالذاتى بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية -لا محتملة- ليقتدر القاضى عقوبتها بصورة منطقية تربطها بالجريمة وبمركبها، فلا يتم توقيعها جزائفاً أو بصبورة منطقية، وإنما لتقابل بقوة الجريمة حدود مسؤوليته عنها، ويقرها، بما يؤكد معقوليتها (٢).

* ولا إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الأمم المتحضرة. ولا يكفي بالتالى أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام توليها وتردها إلى حدود منطقية. وإنما يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها حق المتهم فى الحصول على مشورة محام، والحق فى مجابهة الأكمة التي تقدمها للنيل العامة إثباتاً للجريمة وحضنها، وكذلك مواجهته لشهودها، واستدعاءه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه (٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/٨/٣ -قاعدة رقم ٤١٣/٣ من ٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق -س ٧١، ٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٩/٨ -من ١٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها وأنظر كذلك "مستورية عليا" القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٢١/١٥ -من ٢٧٦-٢٧٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

كذلك "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٧٤٥ -١٠، ٢٩/٤٨ من الجزء السابع.

* كذلك يقتضى ضمان الحرية الشخصية، ألا يؤخذ بجريمة الجريمة غير جناتها، ولا ينال عقابها إلا من أتاها، ضماناً لشخصية العقوبة التى لا يجوز توقيعها فى شأن شخص لا يعد مسئولاً عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

* وينبغى دوماً أن تتوازن العقوبة التى فرضها المشرع فى شأن الأفعال التى أتمها مع خصائص هذه الأفعال ودرجة خطورتها. فإذا أختل تناسبها معها، صار فرضها من المشرع، وتوقيعها من القاضى، مخالفاً للدمتور(١).

* لا تنفد النصوص العقابية خصائصها كنصوص قانونية أوردتها المشرع فى مجال التجريم، ولو كان عوارها دالاً على إنبهاها. إذ يقتصر أثر هذا العوار على إبطالها لانتفاء وضوحها وتيقنيتها. وهما معنيان بالزمانها ولا ينفكان عنها حتى يكون المخاطبون بها واعين بحقيقتها، فلا تخفى عليهم الأفعال التى أتمها المشرع(٢).

* ليس الجزاء فى المسئولية الجنائية -التي لا يحركها إلا ضرر عام اتصل بإتيان الأفعال التى أتمها المشرع- محض تعويض. بل ينط إيلاماً مقصوداً لردع جناتها، حتى يكون الوقوع فى الجريمة من جديد أقل احتمالاً.

ولا كذلك المسئولية المدنية التى لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته أو توقعها. بل مناطها كل عمل غير مشروع يُلحق بأحد من الأغيار ضرراً، سواء كان هذا العمل عمداً أم إهمالاً أو فعلاً بغير علم أو إهمال.

ومن ثم كان جزاؤها التعويض الجابر لعناصر الضرر جميعها -مادية ومعنوية- وإن جاز النزول عن هذا التعويض باعتباره من الحقوق للشخصية، خلافاً للدعوى الجنائية التى لا يجوز النزول عنها أو للتصالح عليها.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥/٩/١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٧ -ص ٨٥٨ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ -القضاء رقم ٥٨ -ص ٧٦٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولئن كان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزاً، إذا كان الفعل الواحد ضامراً بالجماعة وبمصلحة الفرد في آن واحد، وكان تبعاً لهما كذلك متصوراً، إلا أن أظهر ما يميز بينهما، أن افتراض الخطأ وإن جاز في المسؤولية المدنية بالقدر وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها (١).

* لا يؤثم المشرع أفعالا بذواتها إلا من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء على ارتكابها، مصيباً بعينها -ولو اتخذ شكل غرامة مالية- من يكون مسؤولاً عنها من الفاعلين والشركاء، كلما قدر أن وطأة هذه الغرامة تكفي لردع من يتحملون بها، أو تصرفهم عن الجريمة، فلا يقدمون عليها. وتلك أغراض تستهدفها القوانين الجنائية في عموم تطبيقاتها (٢).

* ليس بشرط في الجزاء الجنائي -ولما كان مداه- أن يكون معينا بصورة مباشرة، بل يكفي أن يكون هذا الجزاء قابلاً للتحديد. وهو ما يقع على الأخص كلما ربط النص العقابي بين الغرامة التي يفرضها، وإعمال المخالفين لقوانين المبادئ تصحيح مخالفاتهم أو إزالتها، محدداً مقدار هذه الغرامة بقدر المدة التي امتد إليها الإخلال بواجباتهم التي فرضتها تلك القوانين (٣).

* لا يجوز إسباغ الشريعة الدستورية على نظم جنائية لا تتكافأ من خلالها وسائل الدفاع التي أتاحها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها، فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها أو نفيها (٤).

* كلما كان مضمون النصوص العقابية يحتمل أكثر من تفسير، نعين أن يرجح القاضي من بينها، ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية، في إطار علاقة منطقية يقيمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك التي أعلنها، أو التي يمكن افتراضها عقلاً (٥).

(١) الحكم السابق ص ٧٦٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٧٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) "مستورية عليا" -الضحية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ - قاعدة رقم ٤٧/ ١٠ - ص ٧١٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "مستورية عليا" -الضحية رقم ٨٤ لسنة ١٧ ق. دستورية- جلسة ١٥/٣/ ١٩٧٧ - قاعدة رقم ٣٠/ ٨ - ص ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٥) "مستورية عليا" -الضحية رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق. دستورية- جلسة ٢٢/٢/ ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٨ ص ٤٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

* لا يكون الجزاء مخالفاً للدستور، كلما ارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها. كذلك لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صور الامتناع التي جرمها المشرع، من خلال عقوبة قرنها بإتيانها أو تركها (١).

* يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور، كلما اختل التعداد بصورة ظاهرة *La disproportion manifeste* بين مده وطبيعة الجريمة التي تعلق بها (٢).

* لا يتعلق الجزاء الجنائي الواحد بغير الأفعال التي تتحد في خصائصها.

إذا مزج المشرع بين أفعال غشبية للتناظر في مضمونها وأثرها، وفترض بذلك تماثلها في مكوناتها، وتساويها فيما بينها، فجمعها على صعيد واحد، وكان ذلك الدواء يصلحها ويرد عنها أسقامها؛ فإن إزال جزاء واحد على هذه الأفعال المتناظرة خصائصها، يكون مخالفاً للدستور (٣).

* يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتتحدد هي بها، على ضوء مستوياتها التي التزمتها الدول الديمقراطية واستقر العمل لديها على انتهاجها في مظاهر سلوكها. ويندرج تحتها، تصعيد الجزاء -جنائياً أو مدنياً أو تأديبياً أو مالياً- بقدر خطورة الأفعال التي ارتبط بها (٤) *In ascending order* فلا يتسم الجزاء بالإفراط، ولا بالتريط.

* يتعين على الأخص في كل عقوبة، ألا تكون مجاوزة بقسوتها الحدود التي توازنها بالأفعال التي أثمها المشرع؛ ولا أن تكون منتهية إلى معاقبة للشخص أكثر من مرة عن فعل واحد.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣، ٢/١٠٠ ص ١٣٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧ ص ٨٦٨ - ٨٦٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٦ يوليو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ ص ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣/٢/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤٢٣ من الجزء السابع "مستورية عليا" - القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٦ يوليو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ذلك أن الاتهام الجنائي لا يجوز أن يكون متلاحقا، بما يفرض اطمئنان المتهم، ويجعل عليه قلقا مضطربا، تهدده بسلطة الاتهام بياسها ونزواتها، تمد إليه بطشها حين تريد، كي تلحق به أشكالا من المملأة بجهل معها مصيره، ولا يأمن معها أن تعيده من جديد لدائرة اتهامها(١).

* لا يجوز أن يكون التحرش بالمتهم سياسة جنائية تؤمن عواقبها، أو تستمد دوافعها من نصوص الدستور.

إذ هي في حقيقتها عدوان على الحرية الشخصية التي كلها، والتي ترقى بأمنيتها إلى حد إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق وجوداً من نشأة الدولة بكل تنظيماتها، حتى عند من يقولون بأن عقدا اجتماعيا قد انتظمها مع المقيمين فيها، وأنهم نزلوا لها بمقتضاء عن بعض حقوقهم، لتمارسها هي بما يحقق مصالحهم في مجموعها(٢).

* يفترض تأنيب المشرع أو الدستور أفعالا بذواتها أو صورا من الامتناع يحدانها، أن تتمحض سلوكا -إيجابيا كان أم سلبيا- فلا تكمن في أعماق النفس، ولا تكون مظلة بدخلتها.

وإنما يكون ارتكابها أو الامتناع عن إتيانها معبرا عن إرادة عصيان نصوص عقابية آتية زجر بها المشرع المخاطبين بها.

ولا كذلك ما نقره السلطة التشريعية من نصوص قانونية في مجال التجريم، ولا ما يصدر من هذه النصوص عن السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها.

ذلك أن تلك النصوص لا تبلور عملا ماديا تظهر به الجريمة على مسرحها، ولكنها تحدد لدائرة التجريم نطاقها، على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تقرها(٣).

(١) "مستورية عليا" - للقضية رقم ١٥ لسنة ١٧١٩ق "مستورية" جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ٢٢/١٨ - ٢٣ من ٣٢٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٧/٥ - القاعدة رقم ٧/٤٧ - ٨ - من ٧١٤ - ٧١٥ من الجزء الثامن؛ من ١٥٣ من الجزء السابع - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ق - "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ١٨/٨ - ٢٠.

(٣) "مستورية عليا" - القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ق "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٤ - من ٩٣١، ٩٣٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

• لا يجوز أن يكون مريان للنصوص العقابية رجعيا، بل مباشرة لتحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون الذي يجرمها(١).

المطلب الرابع

في الجريمة العمدية وغير العمدية

١٥٥- مناط العلاق التي ينظمها القانون الجنائي في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه الأفعال ذاتها، في علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية، إذ هي التي يتصور إثباتها ونفيها، وهي التي يتم للتمييز على ضوءها بين الجرائم بعضها البعض، وهي التي تبنى عليها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها، وإيقاع العقوبة التي تلائمها(٢)؛ وهي التي تستخلص منها كذلك توافر القصد الجنائي أو تخلفه من خلال نظرها في عناصرها، وتقييمها عما قصد إليه الجاني حقيقة من وراء ارتكابها.

ومن ثم تبلور عناصر هذه الأفعال إرادة عقل واع أبصر نتائجها وحرص على تحقيقها.

ولا يتصور بالتالي وفقا لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التي أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية -وليس اللوايا التي يضمهرها الإنسان في أعماق ذاته- تعبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكا خارجيا مواخذا عليه قانونا.

فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثها إرادة مرتكبها، وتم التعبير عنها خارجيا في صور مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة(٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ - مساعدة رقم ٢٧ - ص ٤٢٧ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ قاعدة رقم ٢ - ص ٥٩ من الجزء السابع من أحكامها.

(٣) الحكم السابق ص ٥٩.

١٥٦- والأصل في الجرائم أنها تمكن تكويناً مركباً، باعتبار أن قوامها تزامناً بين يد اتصال الإثم بعملها، وعقل واع خالطها ليهيمن عليها محدداً خطأها، متوجهاً إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، ليكون القصد الجنائي ركناً معنوياً في الجريمة (Mens Rea) مكملاً لركنها المادي (Actus Reus)، ومثلثاً مع الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها.

وهذه الإرادة الواعية هي التي تتطلبها الأمم المتحضرة في مناهجها في مجال التجريم بوصفها ركناً في الجريمة، وأصلاً ثابتاً كامناً في طبيعتها. ذلك أن حرية الإرادة تعنى حرية الاختيار بين الخير والشر. ولكل وجهة هو مؤنيها، لتتحل الجريمة -في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي تفرضها الدولة بنشرعتها، والإرادة التي تعمل فيها تلك الفلزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها، بديلاً عن الانتقام ولتأثر المحض من صاحبها.

وعداً أمراً ثابتاً -وكأصل عام- ألا يجرم الفعل ما لم يكن إرادياً قلماً على الاختيار للحر، ومن ثم مقصوداً.

ولئن جاز القول بأن تحديد مضمون تلك الإرادة وقواً على ماهيتها، لازال أمراً عسواً، إلا أن معناها -وبوصفها ركناً مادياً في الجريمة- يدور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجانحة felonious intent أو النوازع الشريرة المدبرة malice aforethought أو تلك التي يكون الخداع fraudulent intent أو التي تتمحض عن علم بالتأثير، مقترلاً بقصد الترحام حدوده guilty knowledge، لتكمل جميعها على إرادة إتيان فعل بغياً^(١).

على أن هذا الأصل -رإن ظل محورياً للتجريم- إلا أن المشرع عمد أحياناً من خلال بعض اللوائح - إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائي، باعتبار أنها لا تكل بذاتها على جنوح إلى الشر والعدوان، ولا يخل بها قدر مرتكبها أو اعتباره، وإنما ضبطها المشرع تحديداً لمجرأها، وحثاً من مخاطرها، وأفرجها بذلك عن مشروعيتها -وهي الأصل- وجعل عقوباتها متوازنة مع طبيعتها، فلا يكون أمرها علواً من خلال تغليظها، بل هينا في الأعم.

وقد تساعد هذا الاتجاه إثر الثورة الصناعية التي تزايد معها عدد العمال المعرضين لمخاطر أدواتها وآلاتها ومصادر الطاقة التي تحركها. واقترن ذلك بتعدد وسائط النقل وتباين قوتها، وبتكس

المدن ولازدحام أحيائها، ويغلبة نواحي الإخلال بالصحة العامة ويوجه خاص من خلال الاتصال بالمواد الغذائية سواء عند إنتاجها أو توزيعها وتداولها أو بمراعاة نوعيتها.

وكان لازماً بالتالى -لمواجهة تلك المخاطر- أن يفرض المشرع على المسؤولين عن إدارة الصناعة أو التجارة وغيرهم قيوداً كثيرة غايتها أن ينتهج المخاطبون بها سلوكاً قويمًا يقتضيهما بئذ العناية التى يتوقعها المشرع من أوساطهم، ليكون النكول عنها -ويغض النظر عن نواياهم- دالاً على تراخى يقظتهم، ومستوجبا عقابهم.

غير أن تقرير هذا النوع من الجرائم فى ذلك المجال، ظل مرتبطاً بطبيعتها ونوعيتها، ومنحصراً فى الحدود الضيقة التى تقوم فيها علاقة مسئولية بين من يرتكبها، وبين خطر عام، لتكون أوثق اتصالاً برخاء المواطنين وصحتهم وسلامتهم فى مجموعهم *Public Welfare Offenses* وبإهمال من قارفها لنوع الرعاية التى تتطلبها المشرع عند مباشرته لنشاط معين، أو بإعراضه عن القيام بعمل ألقاه عليه باعتباره واجباً، وبمراعاة أن ما توخاه المشرع من إيشائها هو الحد من مخاطر بذونها بتقليل فرص وقوعها، وإتمام القدرة على السيطرة عليها، والتحوط لئلا يضرها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون إيقاع العقوبة المقررة لها، مطلقاً على النوايا المقصودة من الفعل، ولا على تبصر للنتيجة الضارة التى أحدثتها *foreseeability of resulting harm*

ذلك أن الغرض فى هذين الأمرين يعطل أغراض التجريم، ولأن المتهم -ولو لم يكن قد أراد الفعل- كان باستطاعته أن يتوقاه أو بذل جهداً معقولاً لا يزيد وفقاً للمقاييس الموضوعية عما يكون متوقفاً عقلاً من أوساط الناس *Ordinary reasonable man*. فإذا لم يبدل هذا الجهد، ونجم ضرر عن الفعل، صار مسئولاً عنه ولو وقع بصفة عرضية أو كان مجاوزاً لتقديره.

١٥٧- ولازم ما تقدم، أن للجرائم غير العمدية استثناء من الأصل فى جرائم القانون العام التى لا تكتمل مقوماتها إلا باعتبار أن القصد الجنائى ركن فيها، مقتضياً تدخل إيجابياً مقترناً بالإرادة الواعية التى تعطى العمل دلالاته الإجرامية. وبها يكون العدوان فى الأعم واقفاً على حقوق الأفراد أو حرياتهم أو ممتلكاتهم أو حياتهم أو آدابهم *public decency and morality* (١).

١٥٨- ويمثل القصد الجنائي أكثر العناصر تعقيدا في المجال الجنائي، باعتباره متصلا بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختارا على إثبات الفعل الموثم قانوناً. وهي حالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي تدل على أن إثبات الجاني أفعالا بذواتها، كان يفرض تحقيق نتيجة إجرامية بعينها. ولا كذلك الجريمة غير العمدية التي تقوم على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنائها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال يخالطها سوء التقدير، أو يتفنى عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها. ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، محددا ضابطها بما كان ينبغي أن يكون سلوكا لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر معقول من التحوط [Ordinary reasonable person's standard of care] لتمثل الجريمة غير العمدية انحرافا ظاهرا عن ذلك المقياس، يتحدد بقرره، نوع الجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائرا أصلا -ربوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها، فكما أوداها الجاني وقصد إليها، موجهها جهده لتحقيقها، كسائت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لرفعها ليجول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره عناصر الخطأ التي تكونها.

وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولا عن نتائجها، إذا انك انصالحا بالأفعال التي ألتها (١).

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية يجمعها معيار عام يمثل في انحرافها عما يعد -وفقا للقانون الجنائي- سلوكا معقولا لأوساط الناس؛ وأن صور الخطأ التي تفرقتها، تتباين فيما بينها، سواء في نوع المخاطر التي تتصل بالخطأ أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثما في تقديره، مع بيان عناصر الخطأ في كل جريمة غير عمدية قطعاً لكل جدل حول ما يمتها، وحتى لا تحمل النصيبوص

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٩/ ١٩- من ٢٩٠ - ٢٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

العقابية المخاطبين بها بما لا يطيقون، ولا تؤاخذهم بما يجهلون، ولا تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير منظرين، ولا أن تتهاهم عما ألبس عليهم، وإلا كان للتجريم خداعاً أو خطأ، يناقض النظم العقابية جميعها التي تأبى أن تتحدر آدمية الإنسان إلى أدنى مستوياتها إذا ما أخذ بالظن والاحتمال..

وكلما فرض النص المطعون فيه عقوبة المخالفة كجزاء على الأفعال التي أثمها، فإن وهن هذا الجزء، يدل على تعلقه بأفعال لا يعتمدها مرتكبها، ليكون قوامها خطأ اتخذ من مفهوم الجريمة غير العمدية، إطاراً.

المطلب الخامس

في رجعية القانون الأصلح للمتهم

١٥٩- كذلك فإن الأصل في النصوص العقابية هو أن يكون سريانها بأثر مباشر، فلا يكون تطبيقها رجعياً إعمالاً لقاعدة كلفتها الموائيق الدولية، وردتها المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية التي تقضى بأنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذي ينص عليها^(١). ولا نفاذ للقوانين الجنائية بالتالي فيما قبل وقت العمل بها، وإلا كان تطبيقها رجعياً.

ويتعين لذلك ألا تتعلق هذه القوانين بغير الأفعال التي ارتكبها جانتها بعد سريانها، ليكون نفاذ تلك القوانين سابقاً عليها La loi préalable.

على أن سريان القوانين الجنائية، على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان غير جائز أصلاً، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يُلْقِدها معاً.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن القانون الجنائي الأكثر رفقا بالمتهم، يكتفها ويصونها.

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٥ مارس ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٧/٣٠ من ٤٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ويتحقق ذلك إما بإنهاء تجريم أفعال أئمتها قانون جنائي سابق، أو عن طريق تعديل نكبتها، أو بتغيير بديان بعض عناصرها، بما يحو عقوباتها كلية أو يغطيها أكل وطاء؛ ويمرعاة أن علو العقوبة أو هوانها، إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم فى مجال تطبيقها بالنسبة إليه (١).

ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معا وتكملان:

أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلا فى الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعا كلما كان أشد وقعا على المتهم.

ثانيتها: وجوب تطبيق القانون اللاحق على وقائع كان يؤتمها قانون سابق، كلما كان تطبيق القانون الجديد فى شأن المتهم، أكمل لحريته.

ذلك إن كل قانون جديد يحو عقوبة الأفعال التى أئمتها القانون القديم أو يخففها، إنما ينشئ للمتهم مركزا قانونا أفضل يقوض مركزا سابقا.

ومن ثم يحل القانون الجديد -رقد صار أكثر رفقا بالمتهم، وأعون على صون الحرية الشخصية التى اعتبرها الدستور حقا طبيعيا لا يمس- محل القانون القديم، فلا يتدخلان أو يتداخلان، بل يكون أحقهما أولى بالتطبيق من أسبقهما.

وغدا لازما بالنالى -فى مجال إعمال القوانين الجنائية الموضوعية الأكثر رفقا بالمتهم- توكيد أن صون الحرية الشخصية من جهة وضرورة الدفاع عن مصالح الجماعة والتحوط لنظامها العام من جهة أخرى، مصلحتان متوازيتان، فلا تتهدمان.

وصار أمرا مقضيا، وكلما كان التجريم المقرر بالقانون السابق، قد ارتبط بتدبير استثنائية قرر المشرع ضرورة اتخاذها خلال الفترة التى ظل فيها هذا القانون نافذا؛ وكان القانون اللاحق قسدا دل على أن هذه التدابير الاستثنائية التى اتبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها؛ لم تعد لها من فائدة، فإن تطبيق هذا القانون يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية التى كلل الدستور صونها (٢). فلا يكون إنفلا

(١) الحكم السابق -قاعدة رقم ١٠/٩، ١٠ - ص ٤٦٧، ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٢) الحكم السابق - قاعدة رقم ١٦/٣٠، ٢٠ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ من الجزء الثامن.

القانون الجديد منذ صدوره، إلا تثبيتاً للنظام العام بما يحول دون انفراط عقده، بعد أن صار هذا القانون أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

وما تطبيق القانون الأصلح للمتهم إلا إعمالاً للسياسة العقابية الجديدة التي اختطتها السلطة التشريعية على ضوء فهمها للحقائق المتغيرة للضرورة الاجتماعية.

ويفترض إعمال السياسة، أن يكون القانونان السابق واللاحق اللذان نقارنهما ببعض لتجديد أصلحهما للمتهم، غير مخالفين للدستور، ومتزاحمين على محل واحد، ومتفاوتين في العقوبة المقررة بكل منهما. فلا نأخذ من صور الجزاء التي تعتمد على المحل الواحد، إلا تلك التي تكون في محتواها أو أوصافها أو مبلغها *Le contenu, les modalités et le quantum des peines* أقل بأساً من غيرها.

والمبادئ المتقدم بيانها والتي رددتها الأمم المتحدة، هي التي كللها غسى فرنسا مجلسها الدستوري وذلك فيما قرره من:

أولاً: كلما نص القانون الجديد على عقوبة أقل شدة من تلك التي قررها القديم، تعين أن تعامل النصوص القانونية التي تنص على الحد من آثار تطبيق القانون الجديد في شأن الجرائم التي تم ارتكابها قبل نفاذه، والتي لم يصدر فيها بعد حكم حائز لقوة الأمر المقضى، باعتبارها متضمنة إخلالاً جسيماً بالقاعدة التي صاغتها المادة ٨ من إعلان ١٩٧٩ في شأن حقوق الإنسان والمواطن، والتي لا يجوز للمشرع على ضوءها أن يقرر للأفعال التي يؤشها، غير العقوبة التي تقتضيها ضرورة شديدة الحدة والوضوح *Lo loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*.

ذلك أن عدم تطبيق القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبها جناة في ظل القانون القديم، مؤده أن ينطق القاضي بالعقوبة ذاتها التي قررها هذا القانون، والتي لم يعد لها -على تقدير السلطة التشريعية التي أحدثتها- من ضرورة (١).

ثانياً: أن تأييد المشرع لأفعال بذواتها، لا يفصل عن عقوباتها التي يشترط لتوقيعها أن تكون مشروعة في ذاتها، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع التي نقارنها.

ولا تتعلق هذه الضوابط بالعقوبات التي توقعها السلطة القضائية فقط، ولكنها تمتد لكل جزاء ينتمى بخصائص العقوبة، ولو كان المشرع قد عهد بالنطق به إلى جهة غير قضائية (١).

ثالثاً: على جهة الرقابة على الدستورية -إعمالاً منها لمبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها- أن تفصل في ملاءمة العقوبة التي فرضها المشرع للأفعال التي أتمها، باعتبارها شرطاً مبدئياً لتقرير دستوريته (٢). فإذا اختل التوازن بصورة ظاهرة بين الجريمة وعقوبتها، صار الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور (٣).

رابعاً: أن النصوص الجنائية التي يتعين تطبيقها بأثر مباشر على الأفعال اللاحقة للعمل بها، هي تلك التي تكون عقوبتها أشد قسوة من تلك التي قررتها النصوص القديمة (٤).

خامساً: القول بعدم سريان القانون الأصلح على الجرائم التي تم ارتكابها في ظل القانون القديم، مؤداه تطبيق العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم، والتي لم يعد لها من ضرورة فسي تقدير السلطة التشريعية ذاتها (٥).

"Le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi pénale nouvelle plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires".

(1) C.C. 87 - 237 D.C., 30 decembre 1987, R.p. 63.

(2) C.C. 86 - 215 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.130 ; C.C. 87 - 237 D.C., 30 dec. 1987, R.p.63.

(3) C.C 87 - 237. D.C., 30 Sep. 1987, R.p.63.

ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد أصدر حكماً في ٢٠ يناير ١٩٩٤ آثار قدراً كبيراً من الجدل لأنه قضى بأن عقوبة الثلاثين عاماً التي فرضها المشرع على قلة القصر الذين بلغوا خمسة عشر سنة والتي اقرن للقتل بها أو كان مسبوقاً باغتصاب الضحية أو تخريبه أو مباشرة أعمال بربرية عليه، لا تنقسم بالمعاقلة، ولا تلغى ضرورة العقوبة لمواجهة هذه الأعمال.

C.C. 93 - 334 D.C., 20 Janvier 1994, R.p.27.

(4) C.C. 82 - 125 D.C., 30 decembre 1982, R.p.88.

(5) C.C. 80 - 127 D.C., 19 et 20 Janvier 1981, R.p.15.

المبحث الثالث

الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي

١٦٠- يبلور قانون الإجراءات الجنائية خصائص الدعوى الجنائية، ومن له الحق في رفعها ومباشرتها وقبوض تحريكها (١) وتحقيقها، وأحوال انقضائها، والقيام بأعمال التحقيق، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتفتيش بالجريمة، والقبض على المتهم ودخول المنازل وتفتيشها، وتفتيش الأشخاص وسماع الشهود والاستجواب والمواجهة، وانتهاء التحقيق والعودة إليه لظهور دلائل جديدة. فضلاً عن طرق الطعن في الأحكام وأحكام تنفيذها.

وهذه القواعد جميعها -وبالرغم من طبيعتها الإجرائية- تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية. وغايتها الفصل في الاتهام الجنائي بصورة منصفة في نطاق حد أدنى من الحقوق التي تكفلها للمتهم، والتي يوازن بها تلك التي تملكها سلطة الاتهام.

ومن ثم كان منطقياً أن تعرض للمحاكمة المنصفة من جهة خلوها، وضرورتها، ونطاق الحقوق التي تكفلها، والتي يندرج تحتها الفروض براءة للمتهم، ونطاق هذا الافتراض وأثره على سير الدعوى الجنائية، وضوابط التحقيق والفصل في الاتهام. وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

المطلب الأول

ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها

١٦١- لا تتعلق ضوابط المحاكمة المنصفة بالدعوى الجنائية وحدها، ولكنها تنبسط إلى كل دعوى، ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية، وعلى الأخص فيما يتعلق بضمانة الدفاع التي تعتبر أصلاً في الدعاوى جميعها، وبغض النظر عن موضوعها.

على أن الدستور -وبالنظر إلى وطأة القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية- حرص على أن يولى الاتهام الجنائي عناية خاصة، فأحاط هذا الاتهام بعدد من الضوابط التي نص عليها في المادة ٦٧، كي يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، بما يخل بالتوازن بين حق الفرد في الحرية من جهة، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من جهة أخرى.

(١) من ذلك تعلق الحق في رفعها على شكوى أو إذن أو طلب.

ومن المتصور في مجال القانون الجنائي الإجرائي، ألا تتحد القواعد التي يقوم عليها هذا القانون، بالنظر إلى تأثير الوقائع التي تحكمها؛ والمركز التي تواجهها؛ والأشخاص المخططين بها^(١)؛ إلا أن هذه القواعد سواء في مضمونها أو عموم تطبيقاتها - لا يجوز أن تظل بالحد الأدنى لتلك الحقوق التي لا يطمئن المتهم مع غيابها إلى الفصل في الدعوى الجنائية بطريقة منصفة. ويتقدم هذه الحقوق، ضرورة أن يخطر المتهم في أقصر أجل - تفصيلاً - بالواقعة التي يدور الاتهام حولها، وبالأدلة التي تثبتها، وأن يفهم المتهم حقيقتها باللغة التي يدركها، وإلا تولى مترجم بيان ماهيتها، وتوضح ما خفي من جوانبها.

ويتعين أن تنهى للمتهم كذلك - وعلى ما تنص عليه الفقرة ٣ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان - كلفة الوسائل الضرورية التي يطلبها إعداد دفاعه، وأن يختار محامياً إذا كان قادراً على دفع أتعابه، وإلا حصل من الدولة بخير مقابل على محام يتولى هذا الدفاع لمصلحة العدالة. وله كذلك أن يستوجب الشهود الذين تقدمهم النيابة وأن يولجهم، وأن يقابل شهادتهم بشهوده، ووفق الشروط ذاتها.

وعملًا بالفترة الأولى من المادة ٦ من هذه الاتفاقية، يكون لكل منهم حق في الاستماع إليه وفق إجراءات منصفة؛ وعلائية؛ وخلال مدة معقولة؛ وأن تتولى الفصل في حقوقه ولتزاماته المنبثقة، أو في الأساس الذي تقوم التهمة عليه، محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون.

وينطق بالحكم علانية، وإن جاز منع الصحافة أو الجمهور، من دخول قاعة الجلسة سواء بالنسبة إلى كامل إجراءاتها أو بالنظر إلى بعض جوانبها، كلما كان ذلك مطلوباً لمصلحة أمن الوطن، أو النظام العام، أو لحماية الأخلاق في مجتمع ديمقراطي؛ وكذلك إذا كان هذا الحظر تقتضيه حماية مصلحة القصر، أو صون خواص الحياة؛ أو كان من شأن علانية جلساتها - وبالنظر إلى بعض الأوضاع الخاصة - الأضرار بالعدالة في ذاتها.

تلك هي الخطوط العريضة لحقوق المتهم في مواجهة سلطة الاتهام ويترج تحتها بوجه خاص:

أولاً: أن يفصل في الاتهام خلال مدة معقولة *Un délai raisonnable* ذلك أن العدالة المتأخرة تناقض العدالة الفعالة؛ والعدالة الجامحة غير العدالة المنبصرة. وترد عليها مساو لإكراهها Justice

(١) فالأحداث مثلاً لهم قواعد إجرائية تخصهم.

L'exigence de justice delayed, justice denied بما يخل بمصداقيتها وفعاليتها. والإسراع فى تحقيقها L'urgence celerite غير التردد فى إنفاذها.

وتتحدد المدة المعقولة التى يفصل خلالها فى الاتهام الجنائى على ضوء معيار مرن يعتمد بأوضاع كل جريمة وظروفها، خاصة ما تعلق منها بدرجة تعقدها وتشابكها فى وقائعها وملامحها القانونية؛ وتنوع أدلتها؛ وخفاء مسرحها؛ وتدرء الشهود عليها أو غيابهم؛ وكذلك سلوك كل من المتهم والنيابة ومناوراتهم^(١)، وبمراعاة أن تأخير الفصل فى الاتهام الجنائى، يلحق بالمتهم إضرار جسيمة لا تقوم حاجة إلى إثباتها، لأنها تفترض. ذلك أن بقاء الجريمة بخير فصل فى ثبوتها أو انتفاءها، يجعل المتهم قلقاً مضطرباً، فلا يطمئن إلى مصيره. وإنما يظل ملاحقاً باتهام لا تبدو لدائرة شروره من نهاية، فضلاً عن احتمال اختفاء شهوده أو وهن ذاكرتهم.

والعدالة فوق هذا لا تعتبر محض قيمة نظرية، وإنما يتعين أن يلمسها المتهم وأن يعايشها ويشهدها ببصره Justice must not only be done, it must be seen to be done.

وعلى الدولة بالتالى أن تعمل على تطوير نظمها القضائية حتى تكفل لمن يمثلون أمام محاكمها فصلاً منصفاً وعلنياً فى الاتهام الموجه إليهم، وكذلك فى حقوقهم والزاماتهم المدنية، بما يكفل تكامل إجراءاتها منظوراً إليها فى مجموعها.

١٦٢- وينبغى أن يلاحظ كذلك:

أولاً: أن الانتفاخ فى الفصل فى الاتهام الجنائى، لا يقل سوءاً عن الفصل فيه بصورة متراخية.

ذلك أن الضرر واحد فى الحالتين، لأنها ينتهيان إما إلى عدالة مختصرة، وإما إلى عدالة يستطيل زمن تحقيقها، فلا يكون للحكم الصادر فى الخصومة الجنائية مستنداً لإحقاق الحق، بل

(١) من قبيل مسلك المتهم أن يبذل المحامين الذين يدفعون عنه، فى إطلاق مناوراته التى يستهدف بها عدم الفصل فى الدعوى الجنائية. ويكون مسلك النيابة كذلك معيماً، إذا لم توضح التهمة بصورة كافية، أو إذا تمددت إغفاء بعض أدلتها لتطول معاناة المتهم. ولا يكفى مجرد السلوك السيئ، بل يتعين حتى يكون للمتهم أو النيابة مسئولة عن طول المحاكمة، أن يكون السلوك تعسفياً.

Jean Claude Soyer et Michel de Slavia, commentaire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Sous la direction de Louis - Edmond Petititi et Emanuel Decaux. Commentaire article par article. Economica. p.p. 267- 268.

متوالياً أو متعجلاً. بما يناقض الحرية المنظمة، ويعارض مفاهيم العدل التي ارتضتها الأمم المتحضرة ملوكاً لها، حتى في ألحاح الجرائم وأسوأها وقعا، ولئدنها خطراً.

ثانياً: يتعين في مجال تقييم خروج المحكمة على ضوابط الاعتدال، أو لإصافها المتهم، النظر إلى إجراءاتها وضمائنها في مجموعها^(١). L'ensemble du procès en cause بوصفها واحدة في إطار الحقوق التي يملكها المتهم، ويوازن بها حقوق سلطة الاتهام قبله، كافتراض البراءة، وحقوق الدفاع وتكاليف الأسلحة، والحق في المواجهة.

وحقوق المتهم هذه هي التي عدتها وإن لم تحصنها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولا يجوز بالتالي فصلها عن جذور المفاهيم التي تضمنها إلى بعضها، والتي تعتبر المحاكمة المنصفة إطاراً لها^(٢) L'exigence d'équité.

ثالثاً: أن غنية المحاكمة وإن كان يحوز حظهما في الأحوال الاستثنائية التي حددتها الفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية المشار إليها؛ إلا أن هذه العلانية L'exigence de publicité تكفل ألا تتم المحاكمة وراء جدران مغلقة؛ وأن يكون إطلال الجمهور على وقائعها وإجراءاتها كافلاً لثقتهم في القضاء، ومراقبتهم في تصرفاتهم.

وهي كذلك ضمان لإدارة العدالة بطريقة فعالة تؤمن إصافها، بما يصون للنظم الديمقراطية واحداً من أهم خصائص ملامحها.

رابعاً: أن ضمان استقلال المحكمة التي تفصل في الاتهام، يقتضي ردع السلطة التنفيذية عن كل أشكال التدخل في شئونها. ولا كذلك حينتها التي تقتضي من جانبها موقفاً لا تفضل فيه خصماً على آخر. فلا تتحاز لأحدهما إضراراً بغيره، وإلا كان حكمها قرين التحكم. ويتعين في كل جبال ألا تكون حينتها واستقلالها مظهرأ بلا مضمون^(٣).

(١) أنظر في ذلك قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

Affaire Goddi c. Italie, arrêt du 9 avril 1984, A no 76 & 28.

(٢) أنظر في ذلك قضاء هذه المحكمة في:

Affaire Borgers c. Belgique, arrêt du 30 Oct. 1991, A no 214 b, & 25; Affaire Francesco Lombardo C. Italie, arrêt du 26 Nov. 1992, A no 249 - B. & 23

(3) Affaire De Cubber c. Belgique, arrêt 28 Oct. 1984, A no 86, 29.

خامساً: يجب أن تكون وظيفة المحكمة من طبيعة قضائية، وأن تفصل بنفسها فى العناصر الواقعية والقانونية للنزاع حتى ينحسم. ويفترض ذلك أن يكون طرق أبوابها حق لكل شخص، وأن تكون بيدها سلطة التقدير والتقرير فصلاً فى هذا النزاع.

ولأن الحرية الشخصية لا يجوز تقييدها دون مقتضى، فإن صونها يقتضى أن تتولى مباشرة الاتهام بنفسها، إثبات وقوع الجريمة بأركانها التى عونها المشرع، وذلك من خلال عرض أدلتها على الهيئة القضائية للإقناع بها، بما يزيل كل شبهة لها أسسها حول صحتها.

ذلك أن النيابة تعتمد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق صورة جديدة تتلخص افتراض البراءة التى لا ينحياها إلا حكم قضائى تطبق بجريمة بذاتها، وصار باتاً فى شأن نسبتها إلى فاعلها، وفاصلاً فى كل ركن من أركانها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلباً فيها، وبما يحول دون افتراض المسؤولية الجنائية، ولو فى أحد عناصرها. وقد تنسم الجريمة التى نسبها إلى المتهم بتدخل صور متعددة من النشاط فيها، فلا يتم الفصل فيها إنصافاً إذا كان الدفاع غائباً عنها، أو كان الدفاع بشأنها حتى مع وجوده، لا يقدم معونة فعالة للمتهم. وهو يكون كذلك إذا لم يحيط بالدعوى الجنائية من كافة جوانبها، أو قصر عن مواجهة حكم القانون فيما هو هام من نقاطها، وما يكون من الحلول والبدائل أكثر. احتمالاً فى مجال كسبها، فضلاً عن مساندتها بما يكون لازماً من الأوراق التى تؤيقها.

كذلك فإن لكل منهم وسائل إجرائية يقتضيها وفقاً للمستور من سلطة الإتهام، ومن محكمة الموضوع ذاتها، وإلا وقع الحكم الصادر عنها باطلاً.

ويندرج تحتها أن يبقى التهمة الموجهة إليه بكافة الوسائل القانونية، وأن يواجه للشهود الذين قدمتهم سلطة الاتهام ويجرحهم؛ وإلا يحمل على شهادة يدان بسببها، وألا يتورط فى دفاع خاطئ إذا فاجأته سلطة الاتهام بأدلة كانت قد أخفتها؛ وأن يتكافأ -بروجه عام- مركزه معها. فلا يحوز حقوقاً -وعلى الأقل من الناحية القانونية- غير تلك التى تملكها. بل يتكافأ فى أسلحتهما، وإن لم يكن هذا التكافؤ واقعياً.

ذلك أن المولد الهائلة التي تحوزها سلطة الاتهام، والتي تكبر من خلالها ألفتها وشهودها، والحماية القانونية التي توفرها لهم من مخاطر العدوان عليهم بعد الشهادة التي يقدمونها، يستحيل عملاً أن يتوافر للمتهم ما يقابلها، إلا إذا كان فاضحاً للفراء (١).

المطلب الثاني

أصل البراءة

الفرض الأول

الفرض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي

١٦٣- الفرض براءة للشخص من التهمة الموجهة إليه، لا يحو أن يكون امتنعاً بالطورة التي جبل الإنسان عليها، وشرطاً لازماً للحرية المنظمة بكرس قيمها الأساسية. وهو كذلك وثيق الصلة بالحق في الحياة، ويدعاهم العدل التي تقوم على قواعدنا النظم للمدنية والسياسية جميعها.

وهذه البراءة -رباعتبارها جزءاً من خصائص النظام الاتهامي Accusatorial system- لا يجوز تطبيقها على شرط يحول دون إنفاذ محتواها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام ولو كان جدياً، ولا نقضها سواء بإعفاء النيابة من التزامها بالتكليل على صحة اتهامها، أو عن طريق تخلفها للتأثير دون حق في مسار للدعوى الجنائية. ومن ثم كلفتها المادة ٦٧ من الدستور لكل متهم؛ مرددة بها نص المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الثانية من المادة ١٤ من العهد الدولي للعقوق المدنية والسياسية.

(١) راجع في ضوابط المحكمة المنصفة وعدم جواز الفروض المتساوية الجنائية، أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية بجلستها المعقودة في ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٨ ص ٧٤١ من الجزء الثامن وما بعدها، وفي القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١١/١٦/١٩٩٦- قاعدة رقم ٩ ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء الثامن، وفي القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١ فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٩ ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن، وفي القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧ ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن، وفي القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن، وفي القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع، وفي القضية رقم ٢٤ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٩ ص ٧٧٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

١٦٤- وصار من البدهى أن كل إخلال بأصل البراءة بعد خطأ لا يختفر A prejudicial Error ونكولا عن المفاهيم المبنيّة An Axiomatic precept مستوجبا نقض كل قرار لا يتوافق معها (١).

ولأن أصل البراءة لا يقترح إلى أن يُنقض من خلال حكم قضائي صار باتا بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها -بكل مكوناتها- كان نقيا متكافئاً، فإن هذا الأصل يظل قائماً في مرحلة ما قبل المحاكمة، وأثناء نظرها، وقما بعد الحكم الصادر فيها إذا كان الطعن فيه جائزاً. وهو بذلك حالة واقعية لا يسقطها إلا حكم قضائي صار مستعصياً على الجدل.

وكما أهدر المشرع -من خلال فريضة قانونية أحدثها- الافتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه، كان ذلك إخلالاً بوسائل دفعها، وإهدراً لتوازن بين الحقوق التي يملكها لدحضها، وذلك التي تحوزها سلطة الاتهام لإثباتها، وإخلالاً لإرادة السلطة التشريعية محل إرادة السلطة القضائية، لتحييها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية، وتقدير أدلتها في شأن جريمة يدعى ارتكابها، ولا يتصور إسنادها لفاعليها إلا بعد توافر ركنيها بالشروط التي تصلها المشرع فيها (٢).

ذلك إن القرائن القانونية جميعها تعتبر من عمل المشرع، وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض ولقمة بذاتها -لا تكتمل بدونها أركان الجريمة المدعى ارتكابها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهم إلا نفيها (٣).

* ويبدو افتراض البراءة -وهو ينسبط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها- أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع، خاصة وأن الوسائل التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعمها مولود ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوزنها إلا افتراض براءته، لضمان ألا يدين عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرئاً من كل شبهة لها أساسها Dans la doute, on acquitte.

(١) "مستورية عليا" قضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٥٤/٧٢ ص-١٠٤٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق -ص ١٠٤٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٨٧/٧٢ ص- ١٠٤٥-١٠٤٦ من الجزء الثامن. انظر كذلك القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" جلسة ١٩٩٨/١/٣ -قاعدة رقم ٣/٧٢ ص ١٠٤٤ من الجزء الثامن.

الفرع الثاني

تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة

١٦٥- ولا يجوز أن تفسر النصوص العقابية، باعتبارها نافية لأصل البراءة المتهمين بمخالفاتها، ولا حائلة دون التكتيل بكل الطريق على الإخلال بها.

بل يكون لكل متهم -وزولاً على هذا الأصل- أن يعصم بصمته ابتداء إلى أن تقدم النيابة العامة الدليل على اتهامها؛ وأن يفيد انتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً *Doute raisonable* يتصل بالتهمة من جهة ثبوتها (١).

ولأن أصل البراءة قاعدة أولية توجبها لفطرة التي جبل الإنسان عليها، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، أيوفر بها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتعامل؛ فقد صار مفهوماً أن يلزم هذا الأصل كل شخص -ليس فقط عند مولده- بل كذلك في كل أطوار حياته -بالغاً وكهلاً حتى نهايتها- ليهيمن هذا الأصل على أعمال الاستدلال والتحقيق جميعها، وعلى الخصومة الجنائية ذاتها في كافة مراحلها، وإلى يصدر في موضوعها حكم قضائي يكون باتاً، وصار مقررأً، بالتالي أن الاتهام بالجريمة ليس قرين ثبوتها، ولا يقوم مقام التكتيل عليها -ولو كان الاتهام متسلسل الدلائل (٢).

الفرع الثالث

أحوال لا يجوز أن ينفي فيها أصل البراءة

١٦٦- ومما ينفي أصل البراءة دون حق:

- (١) "مستورية عليا" القضائية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" للقاعدة رقم ٣/٧٢ - جلسة ٣ يناير ١٩٨٨ - ص ١٠٤٥ - ١٠٤٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.
- (٢) القضائية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٤٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضائية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢/١٢ - ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٤/١٥ - ص ٢٧١ - ٢٧٢ من الجزء السابع؛ القضائية رقم ٢٦ لسنة ٢١ ق "مستورية" - جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤-٣/٨ - ص ١٢٧ - ١٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

أولاً: أن يقيد المشرع الحرية الشخصية بتدابير لها خصائص العقوبة، دون أن تقابلها أفعال لها بعد تعيينها بصورة دقيقة (١).

ثانياً: أن يقيد المشرع إدارة أشخاص لأموال يملكونها أو يمنعونهم من التعامل فيها متسانداً في ذلك إلى قيام دلائل كافية من التحقيق، على تورطهم في إحدى الجرائم التي عيها (٢). ذلك إن هذه الدلائل ليس لها قوة اليقين القضائي. وليس كافياً لنقض أصل براءتهم، أن يكون اتهامهم بإحدى الجرائم التي عيها المشرع، أو للحكم عليهم مظلوناً رجحانه وحتى بعد اتهامهم، فإن أصل البراءة يجتمع مع كل شخص آخر، متهما أو غير متهم، فلا يكون التمييز بينهم - أصل البراءة يحيط بهم - إلا منافية حكم العقل Unreasonable، ظاهر التحكم Palpably arbitrary، ومخالفاً كذلك لحكم المادة ٤٠ من الدستور (٣).

ثالثاً: تقرير تدابير استثنائية في شأن الأشخاص الذين اتهموا جنياً أكثر من مرة في جريمة حدها المشرع أو للذين حكم عليهم من قبل أكثر من مرة بارتكابها.

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٧ ص ١٦٩ من الجزء السادس.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أو من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يجوز للناظر العام إذا قلمت من التحقيق دلائل كافية على جدية الاتهام في للجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو السيئات والمؤسسات العلمية والوحدات التابعة لهما من الأشخاص الاعتبارية العامة، أن يأمر ضمناً بالتنفيذ ما عسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، بمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية.

وتنص فقرتها الثانية على أنه يجوز للناظر العام أن يأمر بتلك الإجراءات بالنسبة لأسرول زوج المتهم وأولاده القصر ضمناً لما عسى أن يقضى به من رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، ما لم يثبت أن هذه الأموال إنما آلت إليهم من غير مال المتهم.

وتنص فقرتها الثالثة على أنه يجب على الناظر العام عند الأمر بالمنع من الإدارة، أن يعين لإدارة الأموال وكيل. وقد قضى بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أ من قانون الإجراءات الجنائية، وبسقوط فقرتها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً ب من هذا القانون، وذلك في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦، قاعدة رقم ٨ ص ١٣٦ و ١٣٧ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية علياً" - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٥/٨ - ص ١٢٨ من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

ذلك أن التدابير -التي يندرج تحتها إعادتهم إلى موطنهم الأصلي أو منعهم من التردد على أماكن بذواتها أو تحديد إقامتهم في جهة بعينها أو حرمانهم من مباشرة مهنة أو حرفة، أو إيداعهم في مؤسسة للعمل يحددها وزير الداخلية، يعيها إن مصائر الناس لا يجوز أن ترتبط بغير المعالم التي يسألون عن حسناتها وقبحها(١).

ولا يزيد الاتهام -ولو كان جنيا ومثاليا- عن مجرد شبهة. ولا يدل كذلك على خطورة إجرامية. ولا يجوز كذلك أن يفترضها؛ ولا أن يحيل الأشخاص غير المدانين بالجريمة، إلى مذنبين.

فضلاً عن أن الأفعال وحدها هي مناط التأثيم. وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتكون عقيدتها بناء على ثبوتها أو نفيها. ولا كذلك الخطورة الإجرامية التي لا تبلور سلوكاً محدداً لها جان، ولا تغالطها إرادة واعية يُعبر بها عن قصد بلوغ نتيجة إجرامية بذاتها(٢).

ومؤدى للتدابير الاستثنائية التي يفرضها المشرع في شأن الأشخاص الذين حكم عليهم أكثر من مرة في جنائية نص عليها، أن جرائمهم السابقة التي استوفوا القصاص عنها، ترشح لارتكابهم مستقبلاً جريمة جديدة غير معينة.

وهي بعد جريمة محتملة قلبها للمشرع إلى مفترضة قصد توقيفها بالتدابير التي نص عليها، فلا يكون إتيان هذه الجريمة غير مجرد أثر لحالة إجرامية افتراضها المشرع فيهم، ونسبها إليهم، ولقام بها علاقة حتمية بين جرائم سابقة تورطوا فيها، وبين ترددهم في حركاتها من جديد، ليتصل ماضيهم بالحاضر، والحاضرهم بمستقبلهم، وكأن الذين حكم عليهم من قبل نفس جنائية حددها المشرع، منصرفون دوماً إلى الجريمة ييغونها عوجاً، فلا يرتكون عنها. وهو افتراض لا يجوز رفضاً

(١) تنص الفقرة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها بمسد تعذيبها بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٦، على أن <حكم المحكمة الجزئية المختصة بتخاذ أحد التدابير الآتية على من سبق الحكم عليه أكثر من مرة، أو اتهم لأسباب جديّة أكثر من مرة في إحدى الجنائيات المنصوص عليها في هذا القانون: (١) الإيداع في إحدى مؤسسات العمل التي تُحدد بقرار من وزير الداخلية (٢) تحديد الإقامة في جهة معينة (٣) منع الإقامة في جهة معينة (٤) الإعادة إلى الوطن الأصلي (٥) حظر التردد على أماكن أو محال معينة (٦) الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. ولا يجوز أن تقل مدة التكبير المحكوم به عن سنة، ولا تزيد على عشر سنوات. وفي حالة مخالفة المحكوم عليه التكبير المحكوم به، يحكم على المخالف بالحبس.

(٢) <مستورية عليها> القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية <مستورية> -جلسة ١٥ يابوي ١٩٦٦- قاعدة رقم ١٦/٤٨، ١٧، ١٨ -ص ٧٤٦-٧٤٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

للدستور (١) خاصة بعد أن اكتمل القصاص في شأن الجرائم السابقة جميعها، ودونما جريمة جديدة يدعى ارتكابها (٢).

الفرع الرابع

الطبيعة القانونية لأصل البراءة

١٦٧- ليس افتراض البراءة بقرينة قانونية، ولا هو من صورها. ذلك أن القرينة القانونية هي التي يقيمها المشرع مقدما ويعممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملاً.

وهي في حقيقتها إثبات غير مباشر يتحول به الدليل من الواقعة مصدر الحق المدعى به إلى واقعة أخرى قريبة منها، وبديلة عنها، بالنظر إلى ما بين هاتين الواقعتين من رابطة منطقية، تجعل ثابتهما مفضية إلى لولاهما.

وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر ثبوتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون.

ولا كذلك البراءة التي افترضها الدستور. فليس ثمة واقعة أبطلها الدستور بغيرها. وإنما يقوم افتراض البراءة على أصل يلزم الإنسان منذ خلقه، مؤداه تطوره من كل خطيئة - وهو أصل يصاحبه حتى مماته، فلا ينفك ما يرحح (٣).

Innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption, It does not rest on any other proved facts, it is assumed.

والأصل أن ترتبط القرائن القانونية بالمسائل المدنية، فإن تعدتها إلى غيرها، صار أمر مستوريتها محدداً على ضوء مساهمها بالحرية الشخصية، وإخلالها بمقوماتها. ولا يجوز بالتالي أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى حد إحداثها لقرائن قانونية تنفصل عن واقعها. ولا تربطها بالتالي علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها

(١) الحكم السابق ص ٧٤٩ - ٧٥٠ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق ص ٧٤٩ - ٧٤٨ من الجزء السابع.

(٣) "مستورية عليا" - للقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٥/١٥ ص

٢٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

دون مباشرة السلطة القضائية لولايتها في مجال تحقيق الدعوى الجنائية التي اختصها الدستور بالفصل فيها^(١).

المطلب الثالث

ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي

١٦٨- لا يجوز الفصل في اتهام جنائي بما يخل بالحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لكل متهم، والتي يندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة جوهرية ترد عن المنهم كل اتهام لا يقوم على ساق من خلال شبهة لا يتوافر بها الحق فيه. فلا ينال الاتهام -ولو كان جدياً- من أصل البراءة، ولا يهدم كذلك بناء على جريمة لم يقدّم الدليل عليها، أياً كان قدر خطورتها، أو سوء تقبل الناس لها، أو مدافعتها لقيم درجوا على التزامها. وإنما يظل الاتهام قللاً إلى أن يفصل فيه بحكم قضائي يصدر باتاً^(٢).

ولأن أصل البراءة مؤداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، وألا يفترض المشرع أحد أركانها؛ وكان افتراض البراءة وصون الحرية الشخصية أصلاً من كفلها الدستور بنص المادتين ٤١ و ٦٧، فقد صار لازماً ألا تنتقل السلطة التشريعية الاختصاص المقرر للسلطة القضائية في مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك توافر القصد الجنائي في كل جريمة عمدية تقتضي علماً من الجاني بعناصرها، وتقديره لمخاطرها على ضوء الشروط التي أحاطها المشرع بها، لتكون نتيجتها هي التي قصد إلى إحداثها^(٣).

وصار بدهيا ألا يواجه المتهم بواقعة أثبتتها في حقه قرينة قانونية محكمة؛ ولا أن يلقى تهمة لم تثبتها سلطة الاتهام. فإذا أثبتتها عين أن يور له القاضي ضمانات الدفاع التي تعتبر مفترضةً أولاً لصون حقوق الأفراد وحريةاتهم في إطار من سيادة القانون^(٤). وذلك سواء كان من يباشره أصلاً أو

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٩- ص ٧٦٧ و ٧٦٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٩- ص ١٤٤ - ١٤٦ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٩- ص ٢٩٤ من الجزء الثامن.

(٤) ص ٣٠٥ من الحكم السابق.

وكيلاً، وسواء كان المتهمون موسرين أو معوزين على ما تقتضى به المادتان ٦٨ و ٦٩ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حق اللجوء إلى قاضيهـم الطبيعى، والحصول على وسائل الدفاع الملائمة التى ينتصفون بها لحقوقهم والتزاماتهم المدنية، أو التى يدفعون بها اتهامات تتهدد به حريتهم الشخصية، فلا يكون الحق فى الدفاع مندوباً، بل مطلوباً على وجه الجزم، وبشرط أن يكون الدفاع فعالاً.

وهو لا يكون كذلك -فى نطاق الادعى الجنائية- إلا إذا أحاط بها من كل جوانبها، ولم ينحدر بمتطلباتها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية التى يملها التبصر، وتقرضها العناية الواجبة، حتى تظل ضمانات الدفاع واقعة فى إطار الأسس الجوهرية للحرية المنظمة، التى تعين التسليم بها تغليباً لجوهر الحقوق التى تنتزع عنها، على أهدافها الشكلية، وصولاً إلى تحقيق أهدافها، فلا يُلزَع أحد فى ثبوتها أو يعمد إلى حجبها.

وتبدو ضمانات الدفاع هذه أكثر أهمية كرادع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى غياب الرقابة على أعمالهم أو غفوتها.

بل إنه مما يعزز هذه الضمانة ويمحها قيمتها العملية، ألا يكون تطبيقها مقصوراً على مرحلة الفصل فى الاتهام الجنائى، بل يتعداه إلى المراحل السابقة على توجيهه إلى المتهم، بما يكفل حق المتهمين فى ألا تسترقهم السلطة بضغوطها، وألا تغويهم بما يقرّبهم منها أو ترهبهم ببأسها بما يدينهم، وعلى الأخص بعد انتزاعهم من محيطهم وإثارة الفزع فى أعصاقهم وتسلطها على إرادتهم، فلا يملكون غير الخضوع لها. ولا تكون محاكمتهم بعد ذلك غير خواء لا يرد عنهم ضرراً (١).

وإذا كان نص المادة ٤١ من الدستور، قد خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون، فذلك لضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية التى يطلبها من محام وقع عليه اختياره، وهى مشورة توفر لكل شخص -سواء كان متهماً أو مشتبهاً فيه- للمعاونة الفعالة التى يزيل بها الشبهة العالقة به، ومواجهة أشكال القيود التى

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٨ -ص ٣٢٦ و ٣٢٧ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية- جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٧ -ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فرضتها للسلطة على حريته الشخصية، والتي لا يجوز معها الفصل بين الشخص ومحاميه بما يسمى إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله^(١).

وقد وازن الدستور -بمصر المادة ٦٧- بين حق الفرد في الحرية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية، وقدر أن المتهم بجناية كثيراً ما يكون مضطرباً، فلذا أُدين بارتكابها بعد أن أسلمه عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية التي تؤيده، كان ذلك منها -أحياناً- آماله المشروعة في الحياة، وحائلاً دون تدخله في الجماعة التي يعيشها بعد أن حرم من الاتصال بمحاميه في حرية، وبغير حضور أحد.

ومن ثم كفل الدستور لكل متهم في جناية، الحق في أن يمان على توقي شروطها عن طريق محام يوجه دفاعه الوجهة التي تكفل حقوقه القانونية، والتي يستطيع من خلالها أن يقارع النيابة العامة حججها، وأن يدحضها بما ينفياها^(٢).

وغدا أصلاً مقررأ أنه إذا كان حق الدفاع في إطار النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، يعنى حق المتهم في سماع أقواله، فإن ضمانات الدفاع تندو سراًبا بغير اشتغالها على الحق في الاستماع إليه عن طريق محاميه.

ذلك أن ما قد يبدو واضحاً لرجال القانون، كثيراً ما يكون متبهما على أحد الناس إما كان حظهم من الثقافة، خاصة إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام التي تتداخل عناصرها أو تخفى جوانبها القانونية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالأدلة التي يجوز قبولها قانوناً ولذا الترابط والتضام بين الوقائع التي يستنبطها المتهم، وحقيقة النقاط القانونية التي يقوض بها الاتهام، فلا يدان بناء على سوء حججه ولا على ضوئه أدلة قدمت النيابة وكان يتعين قمعها. Suppression of evidence بالنظر إلى بطلانها، ولا وفق أدلة متهافة حتى مع جواز تقديمها قانوناً.

وليس أدل على أهمية ضمانات الدفاع من أن إنكارها أو تقييدها بما يخرجها على الأغراض المقصودة منها، يستط في الأم الضمانة التي كفلها الدستور لكل شخص في مجال الاتجاء إلى

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٧- ص ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) الحكم السابق ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

قاضيهِ الطبيعي، ويعرض حقه في الحياة لمخاطر عميقة، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقفها سوية على قدميها(١).

ولا يجوز بالتالي الفصل في الاتهام الجنائي بعيداً عن قيم الحق والعدل الغائرة جنورها في تلك القواعد المبنية التي ارتضتها الأمم المتحضرة سلوكاً حتى في أسوأ الجرائم ولما على الضمير العام، وأعمقها انحرافاً The most heinous crimes.

وهو ما يعني أن الحرية الشخصية لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة، وأن الموازين الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام مع حقوق متهميها، لا يجوز الإخلال بها، وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان حق المتهم في أن يكون مدركاً للتهمة الموجهة إليه، وإعياً بأبعادها متفهما عناصرها، بصيراً بأدلتها، وأن يدفعها بكل الوسائل القانونية التي يملكها، وأن يعان على مواجهتها وحضها بمحام لا ينزلق بتقصيره إلى أخطاء كان عليه أن يتجنبها، ولا يختار من دلائل الدفاع غير أسوئها لمركز المتهم. بل يولى دعواه نظراً متوثباً، وهمة كافية لا يكون معها مترخياً، بل مثابراً على متابعة كل ما يطرح في لدعوى الجنائية مما يؤثر بصورة إيجابية في مركز المتهم بالنسبة إلى الاتهام، خاصة كلما كان الحكم بإدانته أكثر احتمالاً، أو كانت النتائج المحتملة للحكم، خطيرة في آثارها القانونية والعملية، بما يحتم أن يكون محاميه ألفذ بصرأ وأعرض جهداً، حتى لا يدان المتهم لغير جريمة، أو على ضوء قرائن تقتصر إلى رباط منطقي يجمعها، فلا تتضمن مع بعضها، بل تتفرق عناصرها(٢).

(١) الحكم السابق من ٣٤٩ - ٣٥٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعده رقم ٤٨ - من ٧٣٥ - ٧٣٦ من الجزء الثامن. هذا وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن احترام حقوق الدفاع Le respect des droits de la defence من المبادئ الأساسية التي أقرتها قوانين الجمهورية 19 [C.C. 80 - 127, D.C., 20 Janvier 1981, R.p.15] كذلك قرر هذا المجلس أن حقوق الدفاع تنبذ ضمناً على الأخص في المجال الجنائي - وجود إجراءات مضبوطة ومنصفة تكفل التوازن بين حقوق الأطراف.

Il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties [C.C. 89 - 260 D.C., 28 Juillet 1989, R.71.]

ويلاحظ أن هذه الصياغة لضمان حقوق الدفاع مستمدة من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، ومن قضاء محكمة ستراسبورج التي تقوم على تطبيق هذه الاتفاقية. وهو ما يعطى لى المجلس الدستوري الفرنسي

أدخل في المفاهيم الفرنسية، المفاهيم الانجلو سكسونية الخاصة بشرط الوسائل القانونية السلمية The Due process of law.

ومحكمة الموضوع وحدها هي التي تجيل بصرها في الاتهام المطروح عليها، وتستخلص من كل واقعة تتصل به دلالتها، على أن يكون فهمها لها مستقيماً ونظرها فيها دالاً على إحاطتها بالتهمة عن بصر وبصيرة؛ وإدراكها لأبعادها مرتقياً إلى قوة اليقين للقضائي التي تبلغ مستوياتها في الإقناع حدّاً ترول به كل شبهة لها أساسها في شأن اتصال يد المتهم بالجريمة التي قام الاتهام عليها. وليس لجهة أيّا كان وزنهما أن تفرض عليها فهمها للذيل بعينه؛ ولا أن تعطينا من النظر في أية واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها؛ ولا أن تفرض ثبوتها بقراءة قانونية تصوغها بطريقة تحكمية، لتحكم الجريمة المدعى بارتكابها.

١٦٩- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن لكل جريمة ينشئها المشرع أركانها التي يتعين أن تثبتها سلطة الاتهام في كل اجزائها (١)، ودون إخلال بحق المتهم في الاتصال بمحاميه (٢).

ثانياً: إن الفروض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالتقدير وفي الحدود التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيّمها إلا دليل يمتد لكل أركانها ويثبتها (٣).

ثالثاً: أن النظم الجنائية الإجرائية، وإن كان هدفها تنفيذ سياسة جنائية بذاتها، إلا أن وسائل تحقيقها لا يجوز أن يخالطها التحكم، ولا أن تتطرق إليها عوامل التمييز بين الخاضعين لهذه النظم، بما يناقض قاعدة تساويهم أمام القضاء Le principe d'égalité devant la justice، ومؤداها أن تكون الحقوق عينها قواعد موحدة في مجال طلبها والدفاع عنها ولتقتضئها (٤)، وأن يكون لكل من المتهم

(١) من ٧٥٣-٧٥٦ من الحكم السابق.

(٢) أنظر في ذلك قضاء المجلس الدستوري الفرنسي

[C.C. 86 - 214 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.128].

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٤٩ - من ٧٥٥ من الجزء الثامن.

(٤) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٥ - من ١٠٨٧ من الجزء الثامن.

ومسلطة الاتهام، الأسلحة ذاتها التي يتكافأ بها مركزيهما في مجال نحض للتهمة وإثباتها، وبما يحول دون افتراض ركن في الجريمة يعتبر لازماً لوقوعها في الصورة للتي أرغها المشرع فيها(١).

رابعاً: لا يجوز تفسير النصوص الجزائية باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتهما، ولا تأويلها بوصفها منهية لضرورة أن يكون الدليل على الإخلال بها نقياً كاملاً. بل يكون لكل متهم -وارثكانا إلى أصل البراءة- أن يظل صامتاً ابتداء كى يفقد انتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً يحيط بالتهمة من جهة ثبوتها(٢).

(١) "مستورية عليا" - للقضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٢ - من ١٠٤٤ - ١٠٤٥ من الجزء الثامن.

(٢) من ١٠٤٦ من الحكم السابق، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يولية ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - من ٦٥ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ٩٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٥ - من ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يولية ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - من ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع.

المبحث الرابع

الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي

المطلب الأول

الضريبة أهم رولاند القانون المالي

١٧٠- تعتبر الضريبة أحد عناصر القانون المالي، وأهميتها في تنمية موارد الدولة لا نزاع فيها، والمصلحة التي تحميها مالية في طبيعتها، ويحيطها المشرع بقواعد تفصيلية غابتها ضمان تحصيلها ومجابهة التحايل عليها، ومحاولة التخلص منها، وذلك تأمينا لانتظام وثقة جبايتها والنقل من تكلفة تحصيلها.

ويكفل الدستور إرساء بنائها على قاعدة العدالة الاجتماعية، وإن تعين القول بأن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة، لأنها تتولى بنفسها تنظيم لوائحها بقانون يصدر عنها، متضمنا تحديد وعاتها، وأسس تقديره، وبيان مبلغها، والملتزمين أصلا بأدائها والمسؤولين عنها، وقواعد ربطها، وتحصيلها، وتوريدها، وكيفية أدائها، وضوابط تقادمها، والطمون التي يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل ببنائها، فيما خلا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون^(١).

وهذه العناصر جميعها هي التي تشملها النظم الضريبية في مصر، لتحيط بها في إطار من قواعد القانون العام، وبمراعاة أن قانون الضريبة، وإن توخى أصلا حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على غلتها يعتبر هدفاً مقصوداً ابتداء من فرضها، إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً مقيداً لقانون الضريبة ليكون نالها لتحيينها، كافلا اعتدالها من خلال حينتها. فلا يكون دين الضريبة مبلوراً شهوة الجباية بهنهما وإفلاتها، ولا عقاباً من خلال جزاء يباعد بينها وبين الأغراض المالية المقصودة أصلا منها، ولا غلواً مجاوزاً الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا تحرفاً عن حقيقة أهدافها^(٢).

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية 'مصرية' - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥/٨ - ص ٨٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية 'مصرية' - جلسة ٢ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

والالتزام بالضريبة ليس التزاماً تعاقبياً ناشئاً عن التعبير المتبادل عن إرادتين متطابقتين، بل مرد هذا الالتزام إلى نص للقانون وحده، فهو مصدره المباشر. وتنظيمهما مما يملكه ولي الأمر ويوجد دليله الشرعي في رعاية مصلحة الجماعة التي يمثلها.

ولا يعنى إقرار السلطة التشريعية لضريبة ما، أن الخاضعين لها قد أتأبوا عنهم في القبول بها، وأن علاقتهم في مجالها هي علاقة تعاقدية أو شبه تعاقدية. ذلك أن إقرار السلطة التشريعية لتنظيم معين، إنما يتم في إطار ممارستها لولايتها المستمدة مباشرة من الدستور، والتي لا يجوز لها النزول عنها. وتأتى الضريبة العامة في موقع الصدارة من مهامها لاتصالها من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية ذاتها؛ ولما يطوى عليه فرضها من تحميل المكلفين بها أعباء مالية يتعين تقريرها بموازين دقيقة، ولضرورة تقضيها. ولو كان حق الدولة في استثناء الضريبة ناشئاً عن علاقة تعاقدية أو عن غيرها من الروابط المشبهة بها، لكان لها حق التخلي عنها وإسقاطها باتفاق لاحق. وهو ما ينافي حقيقة أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون ولا يجوز تبديل أحكامها أو التعديل فيها بالاتفاق على خالفها، ولا أن يقرر الإعفاء منها إلا وفق أحكامها على ما تقتضيه المادة ١١٩ من الدستور^(١).

وكما ألغى المشرع إعفاء ضريبياً بأثر مباشر، ولمصلحة عامة لها وجهها، كان هذا الإلغاء موافقاً للدستور^(٢).

المطلب الثاني

طبيعة القوانين الضريبية

١٧١- ولا تعتبر القوانين الضريبية بطبيعتها قوانين جزائية تقرر عقوبة جنائية على المخالفين لها؛ ولا هي تعدل من الآثار التي رتبها العقود فيما بين أطرافها، ولكنها وسيلة تلجأ إليها الدولة لتحقيق من خلالها تناسبا بين للتكلفة الكلية لنفقتها، وبين ما ينبغي أن يؤديه إليها هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، وحق عليهم بالتالي أن يتحملوا جانباً من أعبائها^(٣).

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٢/١١/٧ - قاعدة رقم ٨ - ص ٨٢ و ٨٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٨٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١/١٢ - ص ١٣٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

كذلك فإن قيام الضريبة بدور يخرجها من مجال وظائفها بما يفقدها مقوماتها، موداه أن تصبح عنما.

المطلب الثالث

قانون الضريبة

١٧٢- تقرض الضريبة أن يحدد المشرع عناصر بنيلها، بما في ذلك الأموال المحملة بعينها، ووسائل التصفيتها من المكلفين بها، وحقيقة الأغراض التي تؤخذها.

ذلك أن سلطة فرض الضريبة غير مطلقة، وترتبط القواعد التي تنظمها في مجال الفصل في دستورها- بضمائها للحالة الاجتماعية كإطار لها. كذلك فإن الأغراض المتوخاة من الضريبة، قد تسوغها أو تبطلها.

ولا نزاع في أهمية الضريبة لتعمية موارد الدولة، وضرورتها بالتالي لمجابهة نفقاتها. ومن ثم يحيطها المشرع بكثير من القواعد التي تتوخى ضمان تصليها، وتحول دون التحايل عليها.

والضريبة في صحيح تكليفها فريضة مالية تقتضيها الدولة من المكلفين بها وفق القواعد التي يقررها المشرع في شأنها؛ ودون أن يكون لهؤلاء خيار في الوفاء بها أو النكول عنها. وإنما يؤدونها إليها جبرا ويسهمون بها -حملا- في نصيبهم من الأعباء العامة، ولو لم يكن ثمة مقابل يعود عليهم مباشرة من جراء فرضها.

وتدخل القواعد التي تنظمها تدخل في نطاق القانون العام؛ ولا تتكلفا بشأنها مصالح أطرافها؛ ولا يجوز الاتفاق على خلافها. وإن تعين دوما ألا تكون الضريبة منظمة في ضوابطها عن الحدود التي رسمها الدستور لها. فلا تكون عقابا من خلال وظائفها، أو عن طريق تدمير عائلها، أو بفرضها على رعايا الأموال بما يؤول إلى تكلها^(١).

ويظل التزاما دستوريا أن تقرض الضريبة بقتد، وفي حدود لا تصادر فرص رأس المال في النمو، وبشرط ألا ترهق بأعبائها المكلفين بها، فتصددهم عن مباشرة نشاطهم المشروع، أو

(١) فالضريبة على رأس المال ينظر إليها بحذر كبير لأنها قد تؤدي من خلال استمرار فرضها وضخامة عيبتها، إلى تكلل رأس المال

تبهظ هذا النشاط بقيود لا مبرر لها. ومن ثم تتحدد موازين الضريبة التي يقتضيها الدستور، على ضوء ضرورتها، وحيدة مضمونها، وعدلقتها من منظور اجتماعي يقابل بين عبئها وقدره الملتزمين أصلاً بها على تحملها. ويتعين دوماً أن توفق أهدافها القيم التي يجتنبها الدستور، والتي يندرج تحتها: حظر التمييز غير المبرر في مجال تطبيقها بين المواطنين الذين تصيبهم أحكامها، وضمان حريتهم الاقتصادية في إطار قيود منطقية، ونصيبهم العادل في فرص العمل والاختر والنتاج القومي، وفي ضمان معدل معقول للتنمية، وفي عدالة توزيع الدخل والأعباء العامة أيًا كان مصدر تكاليفها.

وليس للسلطة التشريعية أن تتخذ من الضريبة مدخلاً للتمييز بين القطاعين العام والخاص لتحقيق أهدافاً لا يأذن الدستور بها، كإغفلتها للقطاع العام من ضريبة تفرضها على القطاع الخاص في مجال للنشاط يتحدان فيه، بما يخل بتنافسهما من خلال الميزة التفضيلية التي تمنحها للقطاع العام وتجبها عن القطاع الخاص بغير مبرر.

كذلك فإن حصول الخزنة العامة على الإيراد الناجم عن الضريبة وإن كان يبلور أهدافها الأصلية المقصودة ابتداء منها، إلا أن الآثار العرضية للضريبة لا تقوم مقام الأغراض المقصودة منها أصلاً. ولكنها تصل إلى جانبها، وشرط جوازها أن تقتضيها ضرورة تنظيم نشاط معين بقصد، إنهاؤه أو إرهاب مباشرته^(١).

فالضريبة التي يفرضها المشرع على أعمال الرهان، أو على الاتجار بالخمور، أو على الإيراد المتحقق من الدعارة المرخص بها، أو على صور من الإفراق الباذخ، كالضريبة التي يفرضها المشرع على الأموال التي يصيبها بعض المواطنين في حفلاتهم الخاصة التي يقومونها في الفنادق تباهي بثروتهم، وتفاخرها بنفوذهم، لا تتوخى غير سحق هذا النشاط، أو التقليل من فرص الانغماس فيه.

وتظل للضريبة خصائصها التي يفترضها الدستور، ولو خالطتها آثار جانبية تبلور الأغراض التنظيمية للضريبة. وقد تقدم الآثار العرضية للضريبة، المقاصد الأصلية المبتغاة منها،

(١) Sonzinsky v. United states, 300 U.S. 506 (1937).

للو فرض المشرع ضريبة تبلغ ٩٥٪ من دخل الفاسقات عن دعوتين المرخص بها، لكان ذلك منهياً لنشاطهن، وكذلك نشاط المحال التي تلوين، والقوانين الذين يوفرون الحماية لهم.

والتي تتمثل في اقتضاء الدولة لإيرادها لتمويل مشروعاتها، وتسيير مرافقها، فلا يكون الحصول على غلتها عندئذ إلا غرضاً جانبياً ليس مقصوداً أصلاً بها.

ولا يجوز بالتالي أن تكون الضريبة -سواء تعلق الأمر بمقاصدها الأصلية، أو بأغراضها الجانبية- واقعة في غير الدائرة المنطقية التي يجوز أن تعمل فيها. وهي دائرة يحدد الدستور تخومها سواء في مجال اختيار المال بالضريبة، أو تحديد محلها، أو نطاق الأشخاص المخططين بها، أو طرق تحصيلها وغير ذلك من القواعد التي تتصل بينها وبينها و شروط اقتضاها.

الفرع الأول

التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية

١٧٣- وقد مايز الدستور -وعلى ما تنص عليه المادة ١١٩ منه- بين الضريبة العامة من جهة، وغيرها من صور الأعباء المالية من جهة أخرى. ذلك أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون.

والسلطة التشريعية وحدها هي التي تقتض بدها على زمامها، وهي التي تتولى بنفسها تحديد وعائها، والملتزمين أصلاً بأدائها، والمسؤولين عن توريدها. وهي تصدد كذلك مبلغها، وتصوغ قواعد ربطها وتحصيلها، وضوابط تقاضيها والطلعون التي يجوز أن تتكولها، وغير ذلك مما يتصل بعناصرها، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون. ولئن كانت الضريبة العامة تنفق في خضوعها للدستور مع غيرها من الأعباء المنصوص عليها في المادة ٣/١١٩ من الدستور^(١)؛ إلا أن دائرة تطبيق الضريبة العامة، هي إقليم الدولة في كافة الأجزاء التي يتكون منها والتي تشكل جميعها وحدة جغرافية في مجال تحديد النطاق المكاني لسريان الضريبة العامة.

(١) تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٩ من الدستور على ما يأتي:

إنشاء القوانين العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون ولا يفي أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

وتقضي فقرتها الثالثة بالآتي: "لا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون".

١٧٤- وهذه الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا إلغاؤها ولا تعديلها إلا بقانون، هي التي قدر الدستور أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبها في الملتحق القانونية على اختلافها، وعلى الأخص ما تعلق منها بمعدل التنمية وضمان ومائل تحقيقها، وتنفق لحرص الاستثمار أو تقلصها أو تراجعها؛ واستقرار الأسعار أو تقلبها بصورة حادة؛ وإمكان إيجاد فووض جديدة للعمل أو الحد منها؛ وإطمئنان رأس المال الخاص لمعقولة الأعباء التي يجوز أن يتحمل بها، أو إرهابها لوجوده، أو إنهاؤها لدوره؛ وتقلص الأموال التي يصبها أصحابها في السوق أو الكماش حركتها؛ وفرة الأموال التي تنفقها الدولة على مشروعاتها ومرافقها، أو ندرتها؛ وزيادة التكلفة الإجمالية للسلع أو توازنها؛ وتصلال التجارة بأسبابها أو انقطاع جريانها؛ وضومر قيمة العملة أو ثباتها أو ارتفاعها؛ إلى غير ذلك مما يتصل بموامل الإنتاج وبراء الأسواق وانفتاحها بأل القيود عليها.

١٧٥- ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية يقتصر نطاق تطبيقها على جهة بذاتها من الرقعة الإقليمية للدولة؛ فلا يتحدد المخاطبون بها في غير إطار الدائرة الجغرافية المكانية التي بينها القانون المرخص بفرض الضريبة دون غيرها. ويقتصر هذا القانون على بيان العريض من شؤون هذه الضريبة، فلا يحيط بها في كل جزئياتها، وإنما يفوض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها. وهو بذلك يخولها دورا في تنظيمها قد يكون ثانويا في أبعاده، إذا انحصر نطاق التفويض الصادر لها في حدود ضيقة.

وقد يكون دور السلطة التنفيذية في تحديد بنيان الضريبة المحلية خطيرا إذا فوضها القانون في تحديد الأهم من عناصرها. وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تبطل كل تفويض في تنظيم الضريبة المحلية إذا صدر عن السلطة التشريعية تنصلا منها عن واجباتها في ضبط الأهم من شؤونها. ذلك أن الضريبة في أشكالها المختلفة، تمس المصالح العريضة للمواطنين. ولئن جاز القول بأن الضريبة العامة ألدح عينا من الضريبة المحلية بالنظر إلى اتساع دائرة تطبيقها وتعلقها بالواقعة التي أنشأتها أيا كان مكان تحققها؛ إلا أن الضريبة المحلية تغل في دائرة تطبيقها، عينا ماليا على المكلفين بها لا يجوز التقليل من آثاره.

الفرع الثاني

خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط العدالة الاجتماعية

١٧٦- وسواء تعلق الأمر بالضريبة العمة أو بالضريبة المئوية، فإن قيداً دستورياً هاماً يحيط بها، هو أن يكون قدر إسهام المولدين في التحمل بعينها متوازناً، ومنصفاً. فلا يشق فرضها على بعضهم بما يجاوز قدرتهم على إيفائها، أو بما يتمحضر عن مصادر الأموال محلها، أو يقيم تمييزاً غير مبرر في مجال الخضوع لها.

وهذا القيد -وعملاً بنص المادة ٣٨ من الدستور- هو قيد العدالة الاجتماعية كأساس لتنظيم الضريبة على تباين صورها، سواء تعلق الأمر بتحديد وعائها أو محلها، أو بضوابط أدائها، أو بالجزاء على مخالفة أحكامها.

ولا يجوز القول بالتالي بأن غلو الضريبة، أو انتقارها إلى الضوابط الكافية لتحديد، أو إلى الصلة المنطقية بين الأموال محلها والملتزمين بأدائها، أو إلى ضرورة تحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إصنافها ذاتها لتحفيها، من المسائل التي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تحكم نفسها فيها، إذ هو من صميم رسالتها.

ذلك أن الدستور وإن نص في المادة ٦١ على أن يكون الوفاء بالضريبة واجباً وطنياً، إلا أن شرط التقيد بالضريبة والنزول على حكمها، هو أن يكون فرضها واقعاً في الحدود التي يتطلبها الدستور، سواء تعلق الأمر بالأوضاع الشكلية للضريبة -كإفراغ الضريبة العامة في قانون- أم بضوابطها الموضوعية التي تنصدها العدالة الاجتماعية التي ينالها التحكم.

فلا يستبد المشرع بسلطته التقديرية في مجال فرض الضريبة، وعلى الأخص من خلال تمييز غير مبرر بين المكلفين بالضريبة، أو عن طريق تنظيم يكون في مدها أنخل إلى المصادر، سواء تعلق الأمر بالضريبة المباشرة أو غير المباشرة^(١).

(١) تعتبر الضريبة على التراكمت في الدول التي تفرضها -رئيس من بينها مصر بعد إلغاء العمل بها- ضريبة غير مباشرة، لأنها لا تتعلق بملكية الأموال، بل بوقعة انتقالها من المورث إلى ورثته.

١٧٧- وفي إطار العدالة الاجتماعية، ترتبط دستورية الضريبة بخصائص بنيانها، وبما توخاه المشرع من خلال فرضها، كإضافتها إلى موارد الدولة كي تستعين بها على مواجهة نفقاتها، خاصة ما تعلق منها بإبقاء ديونها أو بالعمل على تحقيق الرخاء العام لمواطنيها.

فإذا لم يكن فرض الضريبة لصالحهم، بل كان تعضيلاً لفريق منهم على آخر إرهاباً للنشاط بعضهم المشروع دون مبرر، فإنها تكون مخالفة للدستور. وتظل للضريبة مصدراً للإيراد A revenue measure ولو خالطتها أغراض تنظيمية حققها من خلال محلها^(١) The rate structure.

الفرع الثالث

حقيقة الضريبة العامة وصحيح تكيفها

١٧٨- والضريبة في صحيح تكيفها -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- لفرضية مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها إسهماً من جهتهم في تكاليفها العامة. وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها. فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها، يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها. ومن ثم كان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبتها، وإلا كان ذلك خلطاً بينها وبين الرسم، إذ يستحق مقابل نشاط خاص أتاح للشخص العام -وعوضاً عن تكلفته- وإن لم يكن بمقدارها^(٢).

وهذه الضريبة هي التي لا يتعلق سريانها بجزء من إقليم الدولة. ذلك أن نطاق تطبيقها يشمل إقليمها بكل مكوناته، ليتعادل الممولون جغرافياً في مجال الخضوع لها، وإن تفاوتوا فيما بينهم، فلا يكون مبلغها واحداً للجميع ولا كذلك للضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية

(١) Mc Cray v. United States 195 U.S. 27 (1904).

قلو أن المشرع فرض ضريبة تحقق مورداً إضافياً للدولة، وكان لها كذلك -من خلال سعرها الأعلى- أثر على نشاط قائم بما يرهق مباشرته، لأن الضريبة حتى مع تحقق هذا الأثر الجانبي، تظل مصدراً للإيراد.

(٢) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٢ من ٤١٣-٤١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ينحصر نطاق مريادها ويتحدد المخاطبون بها في دائرة بذاتها من إقليم الدولة. وفي نطاق هذه الدائرة وحدها، يتكافأ المخاطبون بها في مجال الخضوع لها^(١).

الفرع الرابع

الضريبة من جهة آثارها الأصلية والعرضية

١٧٩- الأصل أن يتوخى المشرع من خلال الضريبة التي يفرضها، غرضين:

أحدهما: يكون مقصوداً من الضريبة أصلاً وابتداءً Primary Motive ويتمثل في حصصول الدولة على غلتها لتصبها في الخزنة العامة، بما يعينها على مواجهة نفقاتها.

وثانيهما: مقصوداً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة Incidental Motive بالنظر إلى تدخل المشرع بها ليس فقط لتحقيق أغراض الجباية المقصودة منها -أصلاً- وإنما كذلك لحمل المكلفين بها -من خلال عبئها- إما على التخلي عن نشاطهم للمؤتم جنائياً كالتجارة في المواد المخدرة؛ أو إرهاباً مباشرتهم لنشاط معين بالنظر إلى طبيعته الاستهلاكية أو الترفية أو منافاته للقيم الخلقية، كفرض ضريبة باهظة على الأفراح التي تقام في الفنادق، أو على استيراد بعض السلع التي لا يطلبها غير الأغنياء كالكافيار؛ أو على أعمال الرهان والمقامرة.

١٨٠- وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، أهدافها المالية. وقد تكون حصيلة الضريبة هي الاعتبار الأهم في مجال فرضها. وتظل الآثار العرضية للضريبة والقة في الحالتين في نطاق وظيفتها التنظيمية. ولا تتناقض بالتالي شرعيتها الدستورية.

وينبغي أن يقابل حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، وإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية، بحق الملتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عنها، في تحصيلها وفقاً لأمس موضوعية يكون إنصافها نافياً لتحفيها، كإفلاً حينتها واعتدالها^(٢).

(١) انظر كذلك للضريبة رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٣/٤ ص ٤٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة، والقضائية رقم ١٦ لسنة ١٢٦ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣- قاعدة رقم ١٣- ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٢٢- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- ص ٤٠٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وقد يتوخى المشرع بالضريبة تحقيق مصلحة غير مالية، كذلك التي تتعلق بتأمين الصناعة الوطنية وضمان انتعاشها من خلال أسوار الحماية الجمركية التي يقيمها حولها بما يكفل تشجيعها وترويجها. وقد يجرم المشرع -ولحماية الصناعة الوطنية- كل إخلال بالنظم المعمول بها في شأن السلع الممنوع استيرادها^(١).

الفرع الخامس للضريبة والاستثمار

١٨١- يرتبط معدل الاستثمار في بلد معين، بالقواعد التي يحيط بها حوافزه ومزاياه وضماناتها، ولقد الأرباح التي يحققها، وإمكان تحويلها إلى الخارج.

وكما كان من شأن القواعد التي فرضها المشرع على رموس الأموال الوطنية والأجنبية، إخضاعها لأوضاع جديدة تلحق باستثمارها أضراراً وخيمة، كاعتصار أرباحها من خلال الضريبة؛ كان تدخل المشرع على هذا النحو حائلاً دون تكفيها أو تراكمها، خاصة وأن المزايا التفضيلية التي وفرها المشرع لهذه الأموال من قبل، هي التي جنبتها ونقلتها إلى مصر من البلدان الأجنبية. فلا يجوز أن ينقض المشرع هذه المزايا، بعد أن ارتبط الاستثمار بوجودها، ولا أن يقابلها بأعباء يوزنها بها، خاصة كما قام الدليل على جريان قولتين الاستثمار على تعاقبها، على ضمان هذه المزايا بالصورة التي هي عليها^(٢).

فضلاً عن أن المزايا التفضيلية التي كفلها المشرع لرموس الأموال العربية والأجنبية، غابتها استئثار اهتمام أصحابها بأوضاع الاستثمار في مصر لضمان تكفيها إليها، ودون ما قيود قد ينوء بها نشاطها. فإذا كان من شأن تقليص هذه المزايا، تصفية هذا النشاط، فإن رموس الأموال تلك لن تبقى في مصر، بل يعاد تصديرها منها. وعلى الأخص كما كان من شأن الضريبة

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٨/١٧ - ص ١٦١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. ونظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٢٣/٢/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤٣٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٥٩٧ من الجزء الثامن.

تقويض التفاضل المشروع بين القطاعين العام والخاص فلا يقوم المشروع الخاص إلى جوار المشروع العام بما يحقق تكاملهما.

ولا يتكافأ في فرص تسويق منتجاتهما. بل يحظى المشروع العام بفرص أكبر ويمزجها أعرق تزيد بها مخاطر الاستثمار الخاص، لينقلب مترجعاً أو خاسراً^(١).

وإذا كان الأصل ألا تخرج الأعمال المباحة من دائرة التعامل، فإن فرض ضريبة لمنع المخاطبين بها من ولوج بعض الأعمال الجائزة أصلاً، يحيلها إلى نشاط محظور بالمخالفة للدستور.

ولا يجوز بالتالي فرض ضريبة تقنيا إرهابي نشاط معين بغیر مبرر، ولا مصادرة حرية الفرد في اختيار الطريق الأفضل لاستثمار أمواله. ذلك أن الحرية الشخصية تقتض إرادة الاختيار، والتي تدرج حرية التعاقد تحتها بالضرورة^(٢).

الفرع السادس

الملتزمون بالضريبة والمسؤولون عنها

١٨٢- يعتبر ملتزماً أصلاً بالضريبة من تتوافر بالصفة إليه الواقعة التي أنشأتها، والتي يتمثل عنصرها في المال المتخذ وعاء لها -وهو العنصر الموضوعي في الضريبة- ثم في وجود علاقة بين هذا المال وشخص معين -وهو العنصر الشخصي في الضريبة- ليكون اجتماع هذين العنصرين معاً، مُظهرًا للالتزام بالضريبة من خلال تحديد المشرع لظروفها الموضوعية والشخصية.

ولا يكون الشخص مسؤولاً عن الضريبة، إلا إذا كان وفاء بها تابعاً للالتزام الأصلي بأدائها، ليبقى بوجوده ويزول بانقضاءه. وشرط ذلك أن تتوافر علاقة عضوية بين المسؤول عن

(١) القضية رقم ٨٧ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية" -جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠- قاعدة رقم ٦٥- من ٥٤٩- ٥٥١ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤- ص ١٠٥ من الجزء الثامن.

الضريبة من جهة، وبين المال المتخذ وعاء لها من جهة أخرى. فإذا انتفت هذه العلاقة، فليس ثمة مسئول عن الضريبة^(١).

ولا يجوز بالتالى أن ينتحل المشرع صلة بتوهمها، بين المسئولين عن الضريبة، والمال المحمل بعبئها، ولو كان إحداه لهذه الصلة بقصد ضمان إيفاء الضريبة فى موعدها، وتيسير تحصيلها. وعلى الأخص كلما فرض المشرع الضريبة على قيم أوراق مالية لم تعد للجهة التى أصدرتها صلة بها، بعد نقلها ملكيتها إلى آخرين يتداولونها بأنفسهم، ويحصلون منها على نواتجها^(٢).

الفرع السابع

أدائها

١٨٣- الضريبة التى يكون أدؤها واجباً وفقاً للقانون - وعلى ما تقضى به المادة ٦١ من الدستور - هى التى تتوافر لها قوالبتها الشكلية، ويقوم تنظيمها على أسس موضوعية تقتضيها، وتبرر بمضمونها فرضها على المخاطبين بها، ويشترط أن تكون العدالة الاجتماعية إطاراً لها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور. وليس للمشرع أن ينقض الشرائط التى يتطلبها الدستور لاقتضاء الضريبة، فإن هو فعل، بأن طبقها قبل نشر القانون الخاص بها فى الجريدة الرسمية، أو أخل بموجبياتها، كأن فرضها على المخاطبين بها تحميلاً لأموالهم - بغير حق - بعينها، بما يردت مسئلتها عليهم بقدر مبلغها، وينال من الحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة^(٣). كان اقتضاؤها مخالفاً للدستور.

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٤١٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ٩٥ من

كذلك لا يكون أداء الضريبة واجباً وفقاً للقانون إذا توافر مناط استحقاقها في مجموع من المواطنين، ولكن المشرع أعفى بعضهم من عبئها دون مسوغ^(١).

ويعتبر أصل الحق في الضريبة المتنازع على شروط تطبيقها، أو على قدر مبلغها، مطروحاً على المحكمة الدستورية العليا بقوة النصوص الدستورية ذاتها، لنقول كلمتها في شأن انفصالها أو اختلاطها مع الدستور.

لذا فإن لها أن الضريبة تنفرد إلى قولها المشكلة، أو لا تتوافر لها ضوابط محايدة تنظمها العدالة الاجتماعية، فإن أداءها لا يكون واجباً وفقاً للدستور.

الفرع الثامن

رجوعتها

١٨٤- من المقرر أن القوانين الضريبية لا تعتبر بطبيعتها قوانين جزائية، ولا هي تشمل من الآثار التي ترتبها العقود فيما بينها. ولكن الدولة تلجأ إليها باعتبارها من الوسائل التي تحقق من خلالها قدراً من التوازن بين أعبائها المالية التي تباورها للتكلفة الكلية لنفقاتها من جهة، وبين هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، فلا يكون إسهامهم في هذه التكلفة بقدر طاقتهم. غير إلقاء لنصيبهم فيها.

وإذا كان المواطنون معاملين على قدم المساواة في مجال أداء الضريبة المكلفون بدفعها، وليس لأحد حصانة تعفيه من أدائها إلا في الأحوال التي بينها القانون، ووفق ضوابط موضوعية لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخطئين بها؛ فإن رجعة الضريبة لا تنال في ذاتها على مخالفة حكمها للدستور، وهو ما قرره المادة ١٨٧ من الدستور التي تجيز الرجعة في غير المواد الجنائية، بموافقة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم.

على أن رجعة الضريبة وإن اقتضتها أحياناً وبالرغم من خطورة الآثار التي تحدثها في محيط الملتقى القانوني-مراجعة الدولة لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وبقصد توزيع أعبائها من جديد بما يكتل الموازن الدقيقة لعدالتها؛ إلا أن رجعة الضريبة

(١) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٢ يناير ١٩٩٩- قاعدة رقم ١٩-س ١٦٢-١٦٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

بناؤها أن يكون قانون الضريبة منعطفاً بأثره الرجعى إلى صور من التعامل اكتمل تكوينها قبل صدوره؛ وكان المكلفون بأدائها قد تحذروا عليهم توقعها قبل نفاذ تصرفاتهم هذه فى حق أطرافها؛ وإنما باعيتهم بها السلطة التى فرضتها، بما يجعل اقتضاءها منهم منافياً لعدالتها الاجتماعية، وهى أساس نظامها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور^(١).

وإذا تنقيد السلطة التنفيذية دوماً فى مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعى للقواعد القانونية جميعها -سواء فى ذلك ما تقره السلطة التشريعية منها، أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض، وذلك بالنظر إلى خطورة الآثار التى تحدثها الرجعية فى محيط العلائق القانونية، وما يلابسها -فى الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق واستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يدخل السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التى يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يملحها الاختصاص بتقرير رجعيها دون سند من نصوص التفويض ذاتها؛ فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعى لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخلوها -بالنصوص التى تضمنها- هذا الاختصاص^(٢).

الفرع التاسع

مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها

١٨٥- إذ كان لكل ضريبة -سواء فى ذلك تلك التى يكون زمامها بيد السلطة التشريعية، أو التى تعهد بفرضها إلى السلطة التنفيذية- بنیان يتناول عناصرها التى يندرج تحتها أسس تقدير وعائها، ومبلغها، والمكلفون أصلاً بأدائها، والمسئولون عن توريدها، وقواعد ربطها وتحصيلها، وغير ذلك مما يتصل بها؛ وكان إعمال النصوص القانونية التى تنظمها -يفترض نشرها لضمان علانيتها وذبوح أحكامها، واتصالها بالمخاطبين بها، وامتتاع القول بجعلهم بها؛ وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار فى مجال تطبيقها- مؤداه الإخلال بحقوقهم التى كفلها

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠٠ من الجزء الثامن

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٨/٧/٧ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠٠-١١٩٩ من الجزء الثامن من مجموعه أحكام المحكمة

الدستور؛ فقد تحين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها، فلا تكامل مقوماتها وفقاً للدستور.

ذلك أن تطبيقها في شأن المخاطبين بها قبل اتصالها بعلمهم، مؤداة مداخلتهم بضريبة تفتقر إلى فعاليتها الشكلية، فلا يلتزم هذا للتطبيق ومفهوم دولة القانون، وإنما تقصد الضريبة صفتها الإلزامية، فلا يكون لها من وجود^(١).

الفرع العاشر

التفويض في فرضها

١٨٦- تمايز المادة ١١٩ من الدستور بين الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا تعديلها ولا إلغاؤها إلا بقانون^(٢) من جهة؛ وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية التي يجوز فرضها في حدود القانون من جهة أخرى.

وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية، هي التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، التي يتعين تكيفها بوصفها نص خاص في مجال تطبيقها، يخول السلطة التشريعية أن تفوض رئيس الجمهورية أو أية سلطة إدارية أخرى في فرضها، ودون أن يتخذ المفوض في ممارسته السلطة التي فوض فيها بغير الشروط والأوضاع التي حددها قانون التفويض.

ومن ثم لا يتخذ التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، وعند الضرورة.

وإنما شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية المشار إليها، شأن التفويض المخول للسلطة التنفيذية بنص المادة ٦٦ من الدستور، التي تخول المشرع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بأن تحدد

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/١/٣ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٤ وما بجها من الجزء الثامن.

(٢) لا تعتبر ضريبة عامة، الضريبة التي يفرضها المشرع في نطاق الدائرة الجغرافية المطلقة لحرية بيورسجود، بل تعتبر من قبيل الأعباء المحلية التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، والتي يكفى لفرضها أن يكون في حدود القانون.

بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها، فكلاهما نص خاص أوردته الدستور متضمنا تقييد العام، فلا يكون دائراً في إطاره^(١).

الفرع الحادي عشر

أوجه إنفاقها

١٨٧- يحكم الضريبة العامة أمران لا ينفصلان عنها، بل تتحدد دستوريتهما على ضوءهما معا: أولهما: أن الأموال التي تجبها الدولة من ضرائبها ورسومها وغير ذلك من مكوسها، وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية، وبوجه خاص ما تعلق منها بتأمين مجتمعا والعمل على تطويره، ويقتضيها القيام على وظائفها هذه، أن توفر بنفسها -ومن خلال الضريبة وغيرها من الموارد- المصادر اللازمة لتمويل خططها وبرامجها.

لذا عن لها إيقاع ضريبة على مال معين، كان عليها أن تلجأ إلى السلطة التشريعية بوصفها أداة فرضها في نطاق ولايتها التي حددها الدستور.

وربما كان تقرير الضريبة أو تحويل بنيتها، من أكثر مهامها خطراً واتصالاً بالجنور التاريخية التي تربط بين الطبيعة لتمثيلية المجالس النيابية، واختصاصها بفرض الضريبة -أيضا كان نوعها- على مواطنيها *No taxation without representation*.

على أن اختصاص السلطة التشريعية بفرض الضريبة وغيرها من المكوس، لا يمنعها من أن تقر بنفسها الضوابط التي تهيم بها على كيفية إنفاق الأموال التي جمعتها الدولة من ضرائبها ومكوسها وإتاواتها، وغير ذلك من الموارد التي تصبها في خزائنها العامة، لتنفق كل منها ذاتيتها -بلندماجها مع بعضها-، فلا تكون جميعها إلا نهرا واحدا لإيراداتها الكلية *Consolidated Funds*.

(١) النص العام هو نص المادة ١٠٨ من الدستور. وهو نص تفيد في مجال الضريبة، الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور.

أظهر في ذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٨٩٩١/٢/٧- قاعدة رقم ٨٦ ص ١١٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ومن خلال رقابة السلطة التشريعية على هذه الموارد في مجملتها، وريبتها بمصارفها، تعمل هذه السلطة على تنفيذ سياستها المالية التي لا يجنح معها الاقتصاد نحو أعاصير لا تؤمن عواقبها، ويوجه خاص في نطاق الصالة، وضمان استقرار الأسعار، وتحقيق معدل معقول للتكمية، وكذلك ضمان حد أدنى لمواجهة أعباء الحياة. وعلى السلطة التنفيذية أن تنزل على الضوابط التي فرضتها عليها السلطة التشريعية في مجال الإنفاق العام. فلا تنقصها أو تعطلها بإيراداتها المنفردة، ولو ولجتها ضرورة تقتضيها أن تنفق أموالاً غير مدرجة في الميزانية، أو زائدة على تقديرها.

ثانيهما: أن الضريبة العامة -يرفض النظر عن جوانبها التنظيمية التي تعتبر من آثارها العرضية غير المباشرة- لا تزال مورداً مالياً، بل هي كذلك أصلاً وابتداءً.

ومن ثم تتضافر مع غيرها من الموارد التي تستخدمها الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية -سواء في ذلك تلك التي يكون طابعها منتظماً أو طارئاً- فلا يفصل حصولها على تلك الموارد عن توجيهها إلى مصارفها التي تكفل تحقيق أكبر منفعة جماعية لمواطنيها.

ومن ثم يكون ربط الموارد في مجملتها، بمصارفها تفصيلاً، وإحكام الرقابة عليها، شرطاً جوهرياً والتزاماً دستورياً يكتل ضبط مالية الدولة، وإتفاق مواردها في الأغراض التي رصدتها السلطة التشريعية عليها؛ ويصون توجيهها لتحقيق النفع العام لمواطنيها وفقاً للقانون. فلا تكون أغراض التمويل إلا قيوداً على السلطة القائمة على تنفيذ قانون الميزانية، يقارنها ولا يفارقها، وحداً من الناحية الدستورية على ضوابط إتفاق المال العام.

ولا يعنى ما تقدم أن الدولة لا تستطيع تحويل بعض مواردها إلى الجهة التي تراها، لتعنيها بها على النهوض بمسؤوليتها وتطوير نشاطها، بل يجوز ذلك بشرطين:

أولهما: أن تكون الأغراض التي تقوم عليها هذه الجهة وفقاً لقانون إنشائها وثيقة الاتصال بمصالح المواطنين في مجموعهم، ولها أثر هام على قطاع عريض من بينهم، مما يجعل دورها في الشؤون التي تعنيهم حيويًا. -

ثانيهما: أن يكون دعمها مالياً مطلوباً لتحقيق أهدافها. على أن يتم ذلك -لا عن طريق الضريبة التي تفرضها السلطة التشريعية ابتداءً لصالحها لتعود إليها مباشرة غلتها- وإنما من

خلال رصد ما يكتسبها بقانون الموازنة العامة، وفق القواعد التي نص عليها الدستور، وفي إطار الأسس الموضوعية التي يتحدد مقدار هذا الدعم على ضوئها^(١).

الفرع الثاني عشر

الضريبة والزكاة

١٨٨- الزكاة غير الضريبة. فالزكاة فرضتها النصوص القرآنية التي لا يجوز تعديلها أو العدول عنها. وذلك خلافاً للضريبة التي يجوز النظر في قانونها، وتغيير بنائها، بل وإلغاؤها. فضلاً عن أن الزكاة من الأركان التي لا يقوم الدين بدونها. ودائرة تطبيقها تغاير نطاق الضريبة وشروط سريانها والمكلفين بها.

وما تتوخاه الزكاة هو أن تقدم العون للذين يحتاجونها، وهو ما يميز بينها وبين الضريبة التي ترتد في مصدرها المباشر إلى القوانين الوضعية، والتي لا تفرضها الدولة أصلاً إلا بقصد تنمية مواردها التي تواجه بها نفقاتها.

ولأن الضريبة والزكاة مختلفتان من كل الوجوه، فإن تحملهما معا لا يناقض الدستور^(٢).

الفرع الثالث عشر

ربط الضريبة بالدخل كأصل عام

١٨٩- لا تقتصر الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة، على صور بذاتها من الأموال دون غيرها. ولكنها تشملها جميعها دون تمييز. وكلما فرض المشرع ضريبة على رموس أموال المكلفين لها بما يجتثها أو يقلصها إلى حد كبير، كان ذلك عدواناً عليها بما يخرجها بشماتها.

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٦٣٠ - ٦٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

أنظر كذلك القضية رقم ٨٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٢٧/١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٠ - ص ١١٤١ - ١١٤٤ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٩/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

أو في كثير من أجزائها من أيديهم. فلا تكون الضريبة بذلك إسهما منطقيا من المستثمرين بأدائها في تحمل نصيبهم العادل من الأعباء العامة، وإنما تنحل إلى مصادرة لأموالهم ولو بصفة جزئية.

كذلك فإن فرض ضريبة على رموس الأموال ذاتها، مؤداء تأكلها، فلا تتجدد روافدها لبناء قاعدة اقتصادية عرض. ويتعين بالتالي أن يكون الدخل سائلا كان مصدره - قاعدة للضريبة بالنظر إلى الصلة المنطقية بين الدخل والمقدرة للتكليف للممول. فلا يكون الدخل إلا مصدراً طبعياً للضريبة، وشرطاً مبدئياً لعدالتها، وأصلاً في وعائها^(١).

ولا كذلك الضريبة التي يفرضها المشرع على ما يؤول إلى الورثة من الحقوق المالية التي خلفها مورثهم بعد توزيعها عليهم وفقاً لأصبيتهم المقررة في الشرع. ذلك أن فرضها ينحل إلى اقتطاع لجزء من أصبيتهم هذه التي فرضها الله تعالى ليظل مقدارها ثابتاً، باعتبارها من حدوده التي لا يجوز لأحد أن يقربها وإلا كان باغياً. ولا يجوز بالتالي أن تقاسمهم الدولة من خلال ضريبة الأولولة التي فرضتها على أصبيتهم تلك - في حقوق اختصاصهم الشرع بها، وقصرها عليهم^(٢).

وتبطل الضريبة التي يفرضها المشرع على رموس الأموال، كلما كان سريانها في شيائها منتهياً إلى امتصاصها، وعلى الأخص إذا استطل زمن تطبيقها، وأظلتها أغراض الجباية بتوجهها إليهم. كان يفرضها المشرع على قيم مالية لم تصدر صكوكها بعد، أو لم يجر تسليمها لأصحابها^(٣).

(١) الحكم السابق ص ١٠٨ و ١٠٩ من الجزء الثامن.

(٢) التقضية رقم ٢٨ لسنة ٢٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ١٠٢ - ١٠٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

(٣) التقضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٨ - ١١٠ من الجزء الثامن.

ولأن الدخل في مصادره المختلفة يشكل وعاء رئيسياً للضريبة؛ فإن الضريبة على ربحين الأموال لا يجوز فرضها إلا استثناء، وفي حدود ضيقة، ولفترة قصيرة، وكضرورة ملحة، وبما لا ينال من وعائها، سواء في كل أجزائه، أو معظم جوانبه^(١).

الفروع الرابع عشر

العدالة الاجتماعية كقيد يحكم الضريبة وغيرها من الأعباء المالية

١٩٠- لأن كان نص المادة ٣٨ من الدستور قد أتى بالعدالة الاجتماعية كقيد على النظم الضريبية على اختلافها؛ إلا أن الضريبة تمثل في كل صورها، عبئا ماليا على المكلفين بها، شأنها في ذلك شأن غيرها من الأعباء التي انتظمتها المادة ١١٩ من الدستور، كالرسوم.

ويتعين بالتالي -وبالنظر إلى وطأتها وخطورة تكلفتها- أن يكون المعدل من منظور اجتماعي، مهيماً على صور الأعباء المالية جميعها؛ محدداً الشروط الموضوعية لاقتصاداتها، نائفاً عن التمييز بينها دون مبرر.

فذلك وحدة ضمان خضوعها لشروط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعهم في شأن الحقوق عينها، فلا تحكمها إلا مقاييس واحدة لا تتفرق بها ضوابطها^(٢).

ولم يحدد الدستور ما قصده بالعدالة الاجتماعية التي أقام عليها النظام الضريبي؛ وإن فُسل واضحا أن مفهوم العدل لا يتحدد أصلاً إلا من منظور اجتماعي باعتباره متوخياً التعبير عن تلك القيم الاجتماعية التي لا تنفصل الجماعة في حركتها عنها، والتي تبلور مقاييسها في شأن ما يعتبر حقاً لديها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية "مستورية" جلسة ١٩ يولييه ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٤١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. وقد صدر هذا الحكم في شأن الضريبة على الأرض القضاء. وقررت المحكمة في مدونات حكمها، أن كل ضريبة يفرضها المشرع على رأس مال لا يخل دخالاً، وبطريقة دورية متجددة، ولفترة غير محددة مع زيادة تعكسية، في قيمته التي تمثل وعاء الضريبة؛ يطوى على عدول على الملكية الخاصة وينال من مفهوم العدالة الاجتماعية بالمخالفة للنص المادتين ٣٥ و ٣٨ من الدستور.

(٢) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ - ٣٨٥ من الجزء الثامن.

فلا يكون مفهوم العدل حقيقة مطلقة لا تبديل فيها؛ ولا ثابتاً باطراد؛ بل مرناً، ومتغيراً وفق معايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها.

وهو بذلك لا يدعو أن يكون نهجاً متواصلًا، منبسطاً على أشكال من الحياة تتعدد ألوانها، وازناً بالقسمة تلك الأعباء التي يفرضها المشرع على المواطنين، فلا تكون وطأتها على بعضهم عدواناً. وإنما يكون تطبيقها فيما بينهم، إنصافاً لجموعهم؛ وإلا صار القالون منها للتوافق في مجال تنفيذها، وغداً إلغاء لزاماً^(١).

وحقائق العدل الاجتماعي، هي التي تتحدد على ضوئها شروط لقضاء كافة الأعباء المالية على اختلافها، سواء في ذلك ما اتخذ منها شكل الضريبة، أو ما كان منها في صورة رسم، أو كان قوامها تكليفاً مالياً آخر. إذ تنبسط عليها جميعها مفاهيم العدل الاجتماعي التي تتحقق من خلالها للصواب الموضوعية لفرضها وتحصيلها، بما يكفل إنصافها وخضوع المكلفين بها لحماية قانونية يتساوون فيها.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ الدولة من مفهوم الجباية، قاعدة تلتزمها لتوفر عن طريقها موارد لتوقعها، ولو أدرجتها بالفعل في ميزانيتها^(٢).

وليس لها كذلك أن تلاحق الممولين الخاضعين للضريبة، أو غيرها من الأعباء المالية المنصوص عليها في المادة ١١٩ من الدستور، بفرض مالي تكميلي يكون طلبها منهم مصادماً لتوقعهم المشروع.

ومن ذلك تحريها عن القيمة الحقيقية للقرار بعد تمام عملية الشهر واستكمال إجراءاتها، توطئه لإخضاع ما يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسم إضافية تباغتهم بها الجهة القائمة على

(١) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) حق كل مواطن في أن تعرض عليه ضريبة يكون إنصافها نالاً لتحليلها من الحقوق التي يكفلها له الدستور باعتبار أن هذا الحق هو الذي يوزن سلطة الدولة في تحصيلها لتنفيذ أعبائها ومواجهة نفقاتها.

تنفيذ قانون الضريبة. فلا يكون مقدارها معروفا سلفاً لديهم، ولا مثلاً في أذهانهم قبل الشهر، بل يتخذ طلبها منهم صورة المداخلة التي لا يعرفون معها لأقدامهم موقعها^(١).

الفرع الخامس عشر

دستوريتها

١٩١- يفترض في الضريبة، وكذلك في أوجه إنفاق حصيلتها توخيها لفرض عام يحيط بها وتكون الضريبة مخالفة للدستور في الأحوال الآتية:

١. إذا كان فرضها مؤدياً إلى حمل المكلفين بها على الإدلاء بمعلومات عن نشاطهم قد تدلهم في تحقيق جنائى^(٢) إذ لا يجوز بحكم الدستور حمل شخص على شهادة قد يدان بموجبها.

٢. إذا كان المقصود بالضريبة دعم عقيدة تكتل الدولة لها، إضراراً بعقيدة تناوئها تماماً عليها. ذلك أن حرية العقيدة تعد انحدام للتفصيل بين العقائد؛ وتساويها في المعاملة القانونية؛ وامتناع تقديم إحداها على غيرها، وحمايتها جميعاً في إطار شروط متساوية.

٣. إذا كانت الضريبة جزءاً لا يتجزأ من تنظيم أشمل وقع مخالفات للدستور، إذ تعتبر الضريبة في هذه الحالة، أحد عناصره الأساسية، لتسقط بسقوطه.

٤. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرض الاستثمار والادخار. تزيد من فرص التضخم ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعمق، ولا تنهض بها العمالة فإن فرضها يكون مجاوزاً للحدود التي يكون بها أدلواها واجبا وفق القانون. ذلك أن

(١) انظر في ذلك نص البند (جـ) من المادة ٢١ من القرار بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بحكم دستورية من طبق عليهم هذا البند خلال فترة نفاذه السابقة على العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل لقانون رسوم التوثيق والشهر. انظر في بطلان التفسير التكميلي لقيمة المقار، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ ص ٣٨٣-٣٨٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) فالضريبة التي تفرض على الأرباح التي يحققها الاتجار في المواد المخدرة، تقتضي من المكلفين بها الإصرار بنشاطهم في مجال التعامل فيها، وقد أرباحهم منها، بما يتدلى بهجرتهم الإجبار فيها.

العمل، والحق في التسمية، من الحقوق التي كفلها الدستور على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا^(١).

٥. إذا كان هدفها مجرد ملاحقة الممولين بفرائض مالية تصادم توقعهم المشروع. كفرض الضريبة على تصرفاتهم القانونية بعد نفاذ آثارها وانتقال الأموال محلها - بصفة نهائية - إلى آخرين لتتخذ الضريبة - في هذه الصورة - شكل المداخلة التي تقتض على الممولين ونباغتهم^(٢).

٦. أن تتحصى للضريبة جزاء غير مفهوم. فلو أن المشرع حظر استخدام الأطفال في المناجم إذا كانوا أقل من السن التي حددها، وإلا تعين على من يستخدمونهم أن يؤدوا إلى الدولة ١٠% من أرباحهم الصافية؛ وكان هذا الجزاء متصلاً بشروط العمل، وواقعاً في كل الأحوال؛ وسواء أكان المستخدمون لهؤلاء الأطفال قد خالفوا الحظر المفروض عليهم مرة واحدة في شأن طفل واحد، وعلى مدار عام كامل؛ أم كان نكولهم عن هذا الحظر متصلاً دون انقطاع بأطفال كثيرين، فإن الفريضة المالية التي ألزمهم المشرع بها، تفقد صلتها بالأعمال المخالفة التي ارتكبوها، وتناصبها معها. وفي ذلك خروج بها عن ضوابط الاعتدال بما يصحبها بمخالفة الدستور^(٣).

(١) دستورية علواً - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) دستورية علواً - القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ قضائية دستورية - ص ١٢٨٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة أول فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. دستورية جلسة أول فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) Bailey V. Drexel Furniture Co., [Child Labour tax case] 259 U.S. 20 (1922).

تقرر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية - إليه ملجأ - كانت الضريبة تنتج بعض الدخل، فليس لهذه المحكمة أن تحرى بواحد المشرع من وراء فرضها، ولا أن تبطل في مدى تقييدها للنشاط العمل بحيلها.

٧. أن مجرد زيادة سعر الضريبة، وإن كان لا يبطلها، إلا أن وطأة الضريبة لا يجوز أن تتجاوز بقلتها حدود مقبوليتها، ولا أن تكسر أو تمتص جانباً جسيماً من وعائها، وإلا تعين الحكم بعدم دستورتها.

٨. لا يعتبر تألثم المشرع أفعالا بذواتها، وتقرير عقوبة مالية على مخالفتها، واقعا في نطاق الضريبة، ولا هو من صورها. ذلك أن إيقاع هذه العقوبة تقرر كجزاء على إتيان أفعال أُلهمها المشرع، فلا تكون هذه الأفعال إلا واقعة في نطاق التجريم لخروجها على الخط الفاصل بين ما هو مباح، وما هو محظور.

٩. تفترض دستورية الضريبة، إلا إذا كان عوارها ظاهراً من وجهها. إذ يتعين في هذه الحالة أن تقيم الدولة بنفسها الدليل على أن مصلحة قاهرة هي التي تقتضيها، وأن التدخل بها في نطاق الأوضاع القائمة، كان في أضيق الحدود.

١٠. تبطل الضريبة إذا توخى المشرع من فرضها تحقيق أغراض يناهضها الدستور، كأن يفرض المشرع ضريبة باهظة يكون من أثرها الحط من تقدم الفنون على اختلالها، بما يناهض ضرورة تشجيعها وتطويرها التي حض الدستور عليها.

١١. لا يمارض الدستور فرض ضريبة يكون هدفها ردع أو خفض النشاط المحمل بعينها، ولو كان إيرادها ضئيلاً Negligible، وذلك إذا لم يكن هذا النشاط مطلوباً Inimical، أو لا صلة له بالإسهام Unessential في تحقيق الرخاء العام^(١).

"It is axiomatic that the power of the congress to tax is extensive and sometimes falls within the crushing effect on businesses deemed unessential or inimical to the public welfare".

١٢. أن كل ضريبة يلبسها المشرع غير ثوبها يخفي حقيقتها، يكون فرضها مخالفاً للدستور.

(١) See United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953).

١٣. الوحدة الجغرافية للضريبة العامة التي يقتضيها سريانها على كامل إقليم الدولة بغض النظر عن فواصله الإدارية، لا تعنى وحدة عبئها في مجال تطبيقها على كل شخص من المكلفين بها^(١).

١٤. لا ينال من دستورية الضريبة أن تكون لها آثار جانبية، اقتصادية أو اجتماعية. ذلك أن كل ضريبة، حتى مع افتراض عدالتها، تزيد من تكلفة النشاط المحمل بها^(٢).

Almost any tax will achieve an ancillary effect by increasing the taxed activities for individuals or corporations.

١٥. تظل الضريبة التي تكتمل بنواياها وفقا للدستور، مواءمة لأحكامه، ولو أساء المشرع استخدام حصيلاتها. ذلك أن سلطة فرض الضريبة وضوابط دستوريته، تنفصل عن أوجه إنفاق إيراداتها في مصاريفها المحددة لها بقانون الميزانية^(٣).

١٦. لا يجوز أن يكون الإغراق في أغراض الجباية هدفا يحدد للضريبة وجهتها، ويهيمن على تشكيل ملامحها، وعلى الأخص كلما كان عبؤها فادحا^(٤).

١٧. يتعين أن ترتبط النصوص القانونية التي تنظم الضريبة، عقلا بأهدافها، وأن يتفق التوافق بين أهدافها ونصوص الدستور.

١٨. خوض جهة الرقابة على الدستورية في أغراض الضريبة، وثيق الصلة بتقييم بنواياها على ضوء حقيقة أهدافها. وهي عين المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية في شأن دستورية الضريبة المتنازع عليها.

(١) Knowlton v. Moore, 178 U.S. 41 (1900).

(٢) Laurencé H. Tribe, *ibid.*, p. 319.

(٣) وقد جمع الدستور الأمريكي الفيدرالي في مادة واحدة -هي الفصل الثاني من ملحقته الأولى- بين اختصاص الكونجرس في فرض الضريبة من جهة، وسلطته في الإنفاق من جهة ثانية. ذلك أن هذه المادة تجسّد الكونجرس اختصاص فرض الضريبة وغيرها من المكوس، وكذلك تصليها من أجل الوفاء بالتدين وتوفير الأموال للالتزام لأغراض الدفاع وتحقيق الرخاء العام.

(٤) للفتية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/١/١- قاعدة رقم ٦٦ من ١٦٧ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١٩. توافر الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في شأن الضريبة، لا يفيد -ولو ضمنا- خلوها من مثالبها الموضوعية، ولا ينفي عنها بالضرورة تحيفها وخروجها على ضوابط الاعتدال التي يوازن بها المشرع بين اتجاه الدولة أو سعيها لتنمية مواردها نهوضاً بأعبائها؛ وبين حق المخاطبين بها في أن يقرر المشرع معدلها وشروط اقتضاها، وفق معايير تنهياً بها للعدالة الاجتماعية -وهي قاعدة نظامها- أسبابها^(١).

٢٠. اختصاص السلطة التشريعية بتحديد أوجه إنفاق حصيلة الضريبة، يخولها كذلك تقرير الشروط التي يتم من خلالها هذا الإنفاق، بما يقيم صلة منطقية بين شروط إنفاق حصيلة الضريبة والضوابط التي يتعين على السلطة التنفيذية التقيد بها في مجال تنفيذ قانون الميزانية.

٢١. لا يجوز فرض ضريبة على أموال ليس لها من صلة بالملتزمين أصلاً بأدائها، ولا على أموال لم تعد بيد المسؤولين عنها، وإنما فرضها المشرع بعد خروجها من ذمتهم وانتقال ملكيتها إلى آخرين^(٢). ذلك أن المسؤولين عن الضريبة الذين أقامهم المشرع إلى جوار الملتزمين أصلاً بها، وكلفهم بتوريد مبلغها إلى الخزنة العامة لضمان تحصيلها، والتقليل من دفقة جبايتها، لا يتعاملون بها إلا إذا أتصل المال محلها بأيديهم، حتى يقتطعوا مبلغها من هذا المال ويقومون بتوريده.

٢٢. ولئن كان المسؤولون عن توريد الضريبة، لا يلتزمون أصلاً بها، ويعتبر تكليفهم بتوريدها تابعاً لإلتزام المدين الأصلي بها، يبقى ببقائه ويزول بانقضاءه؛ إلا أن من حقهم النعسي عليها مخالفتها للمستور إذا كان مبلغها يحد من نشاطهم ونطاق خدماتهم التي يؤدونها إلى الملتزمين أصلاً بالضريبة. فقد يعهد أشخاص إلى بعض الأفراد بتكليفهم فيها مقابل مبالغ

(١) الحكم السابق من ٩٧٢-٩٧٣.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤- من ١٠٩- ١١٠ من الجزء الثامن. ويلاحظ أن ضريبة الدمغة المطعون عليها في هذه القضية كان محلها أوراق مالية أو حصص أو أسبعية أخرجتها الهيئة أو الشركة المصرية التي أصدرتها من ملكيتها، وذلك من خلال نقلها الحق فيها إلى آخرين. وقد اعتبرت المحكمة أن صلة الشركة أو الهيئة المصدرة لهذه الأوراق أو الحصص أو الأسهم، صلة واهية لتخطها المشرع لضمان استيفاء الضريبة من المسؤولين عن توريدها ضريبة للدمغة، بالرغم من أن إصدار الشركة أو الهيئة لهذه الأوراق أو تلك الحصص أو الأسهم، يفصلها عنها، فلا يكون لها بعد ذلك شأن بتداولها ولا بغيرها.

يدفعونها وقد يفرض المشرع علي من يقومون بحفلاتهم هذه، ضريبة يحتفلها من المبالغ التي سيؤديونها إلي الفندق، بما يجعلهم بوصفهم ملتزمين أصلاً بدفعها. فإذا أقام المشرع - وإلى جانبهم - من يديرون هذه الفنادق أو يملكونها، وإلزامهم بتوريد تلك الضريبة إلي الخزنة العامة؛ فإنهم يكونون مسئولين عن هذا التوريد.

وكما كان مقدار تلك الضريبة مجاوزاً حدود الاعتدال، أرفق فرضها من يقومون بحفلاتهم في تلك الفنادق وحملهم على التخلي عن حفلاتهم هذه، فلا يكون دفاع أصحابها عن مصالح عملتهم في ضريبة لا ترفعهم، غير دفاع من جهتهم عن مصالحهم الشخصية في أن تظل فنادقهم مفتوحة لمن يرغبون في تنظيم حفلاتهم بها وترتيبها^(١).

٢٣. لا يجوز أن تنتزع للدولة بمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة، لتقرير جزاء على الإخلال بها بجواز بمداه أو بتعدد صوره، الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية. ذلك أن الأصل في الجزاء -جنائياً كان أم مدنياً أم مالياً أم تأديبياً- أن يتعلق بالفعل بذواتها بحسب المشرع. فلا يكون الجزاء ملائماً إلا إذا كان متناسباً معها The principle of proportionality، ومتدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها على الصالح العام؛ وإلا صار الجزاء ظمواً غير مقبول. كذلك فإن تعدد صور الجزاء، ولصحابها جميعاً على مال المدين -مع وحدة سببها- يذاهي مفهوم العدالة الاجتماعية التي تقوم عليها النظم الضريبية جميعها، وينتقص -دون مقتضى- من العناصر الإيجابية للذمة المالية للمكلفين بالضريبة أصلاً، أو المسئولين عنها^(٢).

٢٤. الأصل في الضريبة، أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها بوصفها إسهاماً من جهتهم في أعبائها وتكاليفها، وكان هؤلاء يدفعونها لها بصفة نهائية، وبغير أن تقابلها خدمة محددة يكون للشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها؛ وكان فرضها مرتبطاً بمقدارهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بسببها، حتى لا تختلط الضريبة بالرسم الذي يستحق مقابل نشاط خاص أثناء الشخص العام، وعوضاً عن تكلفته، وإن لسم يكن

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٤٠٨ من الحكم السابق.

بمقدارها؛ إلا أن الضريبة والرسم يتفان في خضوعهما معا - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - لضوابط العدالة الاجتماعية التي تكام الدستور عليها النظم الضريبية جميعها^(١).

٢٥. إذ نص الدستور على أن فرض الضريبة العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون، وأن الإعفاء منها يجوز أن يكون في حدود القانون؛ فقد دل بذلك أن صدور تفويض في شأن هذه الضريبة ينحصر في تقرير الإعفاء منها؛ وأن غير ذلك من أحكامها، لا تحده غير السلطة التشريعية بنفسها. ولا كذلك غير الضريبة العامة من الأعباء العامة، إذ يجوز أن يحدد القانون إطارها، وأن تستكمل السلطة التنفيذية جوانبها في الحدود التي بينها القانون.

٢٦. لا يجوز لمنطقة إقليمية داخل الدولة الواحدة، أن تفرض ضريبة محلية تحد بها من تدفق التجارة إليها من منطقة إقليمية أخرى.

٢٧. يتعين في مجال تقييم دستورية الضريبة، النظر إلى نوع وكم الأعباء التي ألقتها على المخابطين بها - سواء كانوا ملتزمين أصلاً بها أو مسئولين عنها - وإلى قيام صلة حقيقية بين المال المحمل بعينها وهؤلاء المخابطين.

٢٨. مجرد حاجة الدولة إلى الضريبة لتنمية مواردها، لا يعتبر عنصراً قاطعاً في دستورتها.

٢٩. لا يجوز في الدول الفيدرالية، أن تميز ولاية بين نشاط مباشره مواطنوها داخل إقليمها، لتفقيه بغير مبرر معقول من ضريبة تفرضها على نشاط مقابل مباشره مواطنون تابعون لولاية أخرى داخل حدودها^(٢). ويعتبر التمييز المقرر بقانون الولاية على هذا النحو غير مبرر، إذ كان في واقعته تحكيمياً، ولو كان محايداً في مظهره أو وجهه. وليس لولاية أن تفرض ضريبة على غير أجزاء النشاط الواقعة في نطاق حدودها الإقليمية، إذا كان هذا النشاط متجداً إلى أكثر من ولاية.

(١) ص ٤١٣ - ٤١٤ من الحكم السابق.

(٢) Hale v. Bimco Trading co., 306 U.S. (1939).

فتلاية التي تفرض رسوم تفتيش على الأسمت المستورد من ولاية أخرى يعادل سنين من قيمة نفقات التفتيش، تعتبر مخالفة لشرط التجلب الحر للتجارة بين الولايات، إذا كان الأسمت المحلي في الولاية معفى من هذه الرسوم بالكامل.

٣٠. تعتبر الضريبة التي تفرضها ولاية أثناء المرور العابر لبضاعة بإقليمها، ضريبة مكررة Repeatable tax بناقض فرضها شرط التبادل الحر للتجارة فيما بين الولايات بعضها البعض^(١). ويفترض دوماً مناسبة الضريبة التي تفرضها الولاية على ذلك الجزء من النشاط المحمل بها في نطاق إقليمها، وذلك نقادياً لأزدواج الضريبة^(٢).

وليس بشرط في ذلك الجزء من النشاط المحمل بالضريبة المحلية، أن يكون مسلماً تتكبد عليها من ولاية غيرها، وإنما قد يتعلق للتكبد ببعض القيم المالية، كفرص التمويل الأفضل للمشروع، أو التقنية المتطورة^(٣).

٣١. لا يجوز لولاية أن تفرض على نفسها عزلة اقتصادية تعزها من الاتصال بباقي أجزاء الاتحاد، ولا أن تترك من خلال الضريبة التي تفرضها بجران التجارة بينها وبين غيرها من الولايات بما يحول دون تكفيها، أو يعطل وسائل نقلها، أو يهبط حركتها بتدابير تعوقها، وبمراعاة أن حرية التجارة بين أجزاء الاتحاد، لا يخل بها أن تتخذ كل ولاية، التدابير الضرورية التي تؤمن بها سكانها وحيواناتها ونباتاتها وأشجارها ومخزون سلها ومنتجاتها، من الأمراض التي قد تصيبها من التجارة الوافدة بشرط ألا تزيد تكلفة هذه التدابير التي تقتضيها ممن يتاجرون معها، عن معدلاتها المطلقة. ولكل ولاية بالتالي أن ترد عن حدودها كل بضاعة أجنبية أو محلية إذا قام لديها مبرر معقول يحملها على الاعتقاد بأن من شأن اتصال هذه البضاعة بإقليمها، الإضرار برخاتها العام ممثلاً في ضمان صحة مواطنيها وتأمين سلامتهم وصون قيمهم الأخلاقية.

٣٢. لا يجوز لأية ولاية كذلك أن تقرر معاملة تفضيلية للسلع التي تأتيها من جهة دون أخرى من أجزاء الاتحاد. وإنما يتعين أن تتربط وحدتها فيما بينها، وأن تزداد قوتها وتماسكها من خلال اتصال التجارة فيما بينها دون عائق كي تتفتح قنواتها. خاصة وأن تقديمها المصالح التجارية للمقيمين فيها، على غيرهم، ليس إلا مدخلاً لتدابير الردع التي تتخذها قبلها كل ولاية أضرت بها المعاملة التفضيلية لغيرها، بما يوهن الاتحاد، ويؤدي إلى بلقنة التجارة للقومية بكل أشكالها.

(١) Champlain Co V.Brattleboro, 260 U.S. 366 (1922).

(٢) General Motors Corp. V. Washington, 377 U.S. 436 (1964).

(٣) Laurence H. Tribe, p. 466.

ذلك أن حرية التجارة بين الولايات هي التي تكفل اتصال أسواقها، وإمكان نفاذ منتجاتها إلى أقاليم الاتحاد في مجموعها، بغير أسوار جمركية، وبما يحقق مصلحة الصناع والمزارعين -أيًا كان مكان توطنهم في الاتحاد- وكذلك مصلحة المستهلكين الذين يضمعون من خلال تلك الولايات فيما بينها، الحصول على أفضل منتجاتها بأقل الأسعار.

٣٣. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرص الاستثمار والاختار، تزيد من التضخم، ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية -الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة، فإن فرضها يكون مجاوزا ضوابط عدالتها الاجتماعية، فلا يكون لادولها واجبا وقبلا للقانون. ذلك أن الحق في التنمية وفي العمل من الحقوق التي كفلها الدستور^(١).

٣٤. لا ترتبط دستورية الضريبة بنظم حصيلتها، ولا تنفيها ضمانتها. ولا يحول دونها أن يكون للضريبة فضلا عن مقاصدها الأصلية -التي يعكسها اتجاه الدولة إلى الحصول على مبالغها إنماء منها لموارد ترصدها على مصارفها- آثاراً عرضية من شأنها فرض أعباء متفاوتة على صور من النشاط التي يلتقيها المكلفون بها، والتي تقع الضريبة عليها، بما يذهبها أو يرهقها^(٢).

٣٥. ويدخل لاختيار المشرع نوعاء الضريبة -وهو المال المحمل بعينها- في نطاق مصلحته التقديرية، ولو كان فرضها غير مقبول بوجه عام. ولا ترتبط دستوريته بالتالي بتوافر بدائل لحل محلها، وتكفل تحقيق حصيلتها^(٣).

يود أن هذا الاختيار وإن كان يدخل في نطاق السلطة التي يباشرها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، إلا أن هذه السلطة تقيد بها الضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحديد نطاقها

(١) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٦٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - ص ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١١ و ١١٢ من الجزء الثامن.

ولترسم نفومها التي لا يجوز أن يتعدها المشرع، سواء بإغراق هذه الحقوق من خلال تنظيمها، أو عن طريق تقييدها بما يرهقها، ويحد من اكتمال مجالاتها الحيوية التي تمثل لبها ونواتها^(١).

٣٦. حق للدولة في الاقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، وإجراء ما يتصل بها من أثار عرضية؛ ينبغي أن يقلل بحق الملتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عن توريدها، في فرضها وتحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نالفاً لتحفيها^(٢).

٣٧. وعاء الضريبة هو المال المحمل بعينها. ويتعين أن يكون وجوده محققاً. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ثابتاً بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص. ذلك أن مقدار الضريبة أو مبلغها أو دينها، لا يتحدد على وجه اليقين، إلا إذا ارتبط بوعائها، وكان محمولاً عليه. ووعاء الضريبة بالتالي هو مادتها، والغرض من فرضها هو أن يكون هذا الماد عاء مصرفها. فإذا فرضها المشرع على دخل معين، تعين أن يكون مبلغها متأكداً من هذا الدخل دون سواء، وناجماً عن وجوده - حقيقة لا حكماً - ومنسوباً إلى مقداره، ولما لا مجازاً.

فإذا انفصل دين الضريبة عن وعائها. ولم يكن نتيجة تحقق الدخل المحمل بعينها، دل ذلك على أن الرابطة بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها بما يناقض أسسها الموضوعية التي لا تقوم إلا بها^(٣).

٣٨. لويس ثمة مصلحة مشروعة ترحى من وراء إقرار قانون يفرض مجرد تنمية موارد الدولة عن طريق ضريبة تنفق إلى قولها الشككية، أو لا تتوافر فيها عناصر عدالتها الاجتماعية. ذلك أن جباية الأموال ذاتها لا تعتبر هدفاً يحميه الدستور. بل يتعين أن تكون هذه الجباية وفق قواعده، وبالتطبيق لأحكامه^(٤).

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - من ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - من ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ١٢/١٢ - ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥/٧ - من ٨٤ و ٨٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٤) الحكم السابق - قاعدة رقم ٣/٧ من ٨٣.

٣٩. إقرار السلطة التشريعية لضريبة تم فرضها بالمخالفة للدستور -ولو بأثر رجعي- يرتد إلى تاريخ العمل بها- لا يحییها من جدید ولا یزیل عرارها ولا یحیلها إلى عمل مشروع.

والقانون المجیز لها فی عداد القوانين التي یتقید اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص علیها بالدستور. ذلك أن الضريبة التي تناقض الدستور، یلحقها عدم منذ فرضها، فلا ترد إلى الحياة لأن الساقط لا یعود^(١).

٤٠. إذا فوض المشرع رئیس الجمهورية فی تعديل قانون الضريبة على الاستهلاك من خلال إضافة سلع جدیدة إلى قائمة السلع التي أخضعها هذا القانون لأحكامه، فإن قرار رئیس الجمهورية فی ذلك یكون معدلاً من بنیان للضريبة من خلال تحویر أحكامها ونطاق سريانها. ویقع هذا القرار باطلاً بالتالی بعد أن قام على تفویض مناقض للدستور^(٢).

٤١. تعتبر العدالة الاجتماعية قیدا على النظم الضريبية جميعها. ولئن كان الدستور لم یبین لهذه العدالة مفهومها، إلا أن العدل -وباعتباره قيمة مثلی- لا یتحدد إلا منظر اجتماعی على ضوء القيم التي ارتضتها الجماعة خلال زمن معين، وكان التزامها بها مهیما على مظاهر سلوكها، تعبیراً من جانبها عن أكثر المصالح توافقاً مع بیئتها. فلا یكون قبول أفرادها بها، (إلا حلاً ملائماً للتنازع توجهاتهم وتعارضها).

وصح القول بالتالی، بأن تلك القيم لا تنحی شيئاً ثابتاً باطراد؛ وأن معانیها وغاياتها تتباين تبعاً لمعايير الضمیر الاجتماعي ومستوياتها؛ وكان لا یجوز بالنظر إلى مخاطر التمارض فی مجال العدالة الاجتماعية بین مفترضاتها النظرية ومتطلباتها العملية، أن یكون تصورهما ذاتياً، ولا

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية-جلسة ١١/٢٣/١٩٩٦-قاعدة رقم ١٣ ص ١٩٠ من الجزء الثامن. فلو أن المشرع خول رئیس الجمهورية أن يفرض الضريبة العامة على المبيعات بقرار منه، فإنها تعدل أصلاً. ولا یصور أن يفرضها قانون لاحق إلا إذا طبق بأثر مباشر. فإذا فسح هذا القانون إلى تاریخ عمل بضريبة المبيعات المحتومة بقصد إحيائها، وقع هذا نقض بطل.

(٢) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية-جلسة ١١/٢٣/١٩٩٦-قاعدة رقم ١٣ ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

دائرة تطبيقها. منخلقة على نفسها؛ إلا أن القيم التي يحتضنها العدل، نظل نتاج الخبرة التي صبرها العقل الجمعي، فلا يلتزم للمشرع طرقها بعدد عما يراه الأفراد في مجموعهم حقاً وإنصافاً^(١).

ومما يناقض مفهوم العدالة الاجتماعية، ويخل بالحماية التي تكفلها للدول الديمقراطية لمواطنيها في هذا الأكنى، أن يكون الجزاء على مخالفة قانون الضريبة، منطوياً على الغلو. وهو ما يظهر على الأخص حين يعامل المشرع أفعالاً تتكاثف خصائصها، ولا تتحد فيما بينها في قدر خطورتها، بافتراض تساويها في الآثار التي ترتبها، ليجمعها في بوتقة واحدة، وينزل على كل منها صور الجزاء ذاتها التي فرضها على غيرها، لتحيطها وطائها دون تمييز بينها؛ وذلك سواء كان التورط في هذه الأعمال ناشئاً عن عمد أو عن إهمال أو عن فعل لا يقتزن بأيهما؛ وسواء كان إتيانها بقصد التكليس على القلمين على تنفيذ قانون الضريبة عن طريق إخفاء بياناتها، أو عرض ما هو غير صحيح منها بقصد التخلص منها كلها أو بعضها واكتصاص مبلغها؛ أم كان منتهياً إلى مجرد التأخير في توريدها؛ وسواء كان التأخير في توريدها عرضياً أو مقصوداً؛ محدوداً بفترة زمنية ضيقة، أو متراخياً أجلاً طويلاً؛ ناجماً عن قوة قاهرة، أو عن أوضاع طارئة مفاجئة^(٢).

ليظهر عين الجزاء متعلقاً بالأفعال تتناثر عناصرها وعواقبها، فلا يكون جزاء كل من هذه الأفعال مناسباً لحقيقتها. بل يقيس المشرع أفعالها خطراً على أسئتها مقصداً، ويعاملها جميعاً بافتراض وحدة مضمونها وآثارها، وتلاقيها في خصائصها فلا يزنها بالقيس.

وليس ذلك إلا غلوا منافيًا لضوابط العدالة الاجتماعية التي أرسنها المادة ٣٨ من الدستور، لتقيم عليها النظم الضريبية جميعها، وما يلحق بها من الأعباء المالية التي حددتها المادة ٢/١١٩ من الدستور. ويؤيد هذا النظر، أن النصوص القانونية لا يجوز أن تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها، ويكفل ربط مقدماتها بنتائجها.

وإذا كان الأصل في صور الجزاء ألا تتراحم جميعها على محل واحد بما يثير بها عن موازين الاعتدال، وألا ينطلق جزاء منها بغير الأفعال التي تتحد في خواصها وصفاتها، وبما

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٦ - ٤١٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ ص ١٣٧٧ - ١٣٧٨ من الجزء الثامن.

بلائنها؛ فقد صار باطلاً كل جزاء يكون من أثره، الإخلال اعتسافاً بحقوق الملكية الثابتة لأصحابها. ويتعين بالتالي أن يوازن المشرع فيما يقره من جزاء، بين الأفعال التي يجوز أن يتصل بها، وأن يقرر لكل حال لبوسها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مثالبها، بل يبتغيها أسلوباً منطقياً لتقويم أوضاع خاطئة وتصحيحها^(١).

٤٢. كلما كان موضوع الخصومة الدستورية متعلقاً بدستورية ضريبة فرضها المشرع، فإن نصوص للدستور جميعها، سواء في ذلك تلك التي تنظم قوانينها الشكلية، أو التي تتصل بأسسها الموضوعية، تعتبر مثارة فيها بحكم الاقتضاء العقلي.

٤٣. لجهة الرقابة على الدستورية- وفي مجال تحققها من دستورية الضريبة أن تباشر رقابتها على الواقعة التي أنشأتها، وأن تستظهر بالتالي حدود الصلة بين المكلفين بها، والمال المحمل بعينها، ونطاق قدرتهم التكاليفية، وأن تكون صور الدخل على اختلافها -رباعتبارها إيرادات مضافاً إلى رعوس الأموال التي أنتجت- وعاء أساسياً لها كإفلا بصفة مبدئية- عدالتها وموضوعيتها. فلا تنال الضريبة من رعوس الأموال ذاتها بما يؤول إلى تأكلها أو يحول دون تراكمها، لضمان أن يظل استخدامها في مجال التنمية عربضاً وفاعلاً من خلال تدفق روافدها.

٤٤. ولا يجوز في الدول الفيدرالية وفي نطاق شرط التدفق غير المعاق للتجارة بين ولاياتها- أن تقرر إحداها معاملة ضريبية تفصيلية تؤثر بها التجارة المطية للواقعة في نطاق إقليمها، بما يضر بالتجارة للواقعة فيما وراء حدوده.

كما لا يجوز في نطاق الدول الفيدرالية أن تنتشر السلطة التشريعية المركزية وراء مفهوم الضريبة الاتحادية التي يجوز لها فرضها، كي تنظم من خلالها مسائل تدخل في الاختصاص المنفرد لولاياتها.

٤٥. تحتفظ الضريبة التي تفرضها الدولة، بصفقتها كمورد لـ Revenue Measure، ولو كان لها جانب تنظيمي عرضي Ancillary regulatory effect يتوخى تنظيم أعمال بذواتها بقصد

(١) الحكم السابق- ص ١٣٧٨- من الجزء الثامن.

إرهاق نشاطها، كلما تم تحقيق أغراضها العرضية من خلال معدلها^(١) Rate structure أو كان لهذه الأغراض صلة منطقية بتنفيذ قانون الضريبة^(٢).

فإذا لم يكن للضريبة من أغراض تتوخاها غير آثارها التنظيمية؛ فإنها تفقد صفتها كضريبة لزوال عنصر الإيراد منها. ويكفى لاعتبار الضريبة دخلاً للخرافة أن ينتج عنها إيراد للدولة ليس كان مقداره. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تتلصق السلطة التشريعية في دوافعها لإقرار الضريبة التي فرضتها، ولا في نطاق الآثار العرضية التي حققها الضريبة؛ طالما أن أغراضها لا تنحصر في تحقيق هذه الآثار^(٣).

٤٦. لأن كانت الضريبة مصدراً لإيراد للدولة، إلا أن تعلقها بنشاط معين، يفترض تحديده بصورة جازمة، وألا ننظر إليها كتعويض عن تكلفة تحملها الدولة بمناسبة هذا النشاط. ذلك أن الضريبة في صحيح مفهومها، هي التي يفرضها المشرع في شأن الملتزمين بها الذين يدفعونها دون خطأ من جانبهم باعتبار أن مصدرها المباشر نص القانون ولا كذلك التعويض عن العمل غير المشروع، إذ يعتبر نص القانون مصدراً غير مباشر لهذا التعويض^(٤).

٤٧. يفترض لاختيار المشرع صوراً بذاتها من التعامل، وفرضه لضريبة على صافي أرباحها؛ تلحق هذه الأرباح بتلك الصور من التعامل دون غيرها؛ وأن يكون تحققها قائماً بها في كل أحوالها وظروفها.

ولا كذلك الضريبة التي يفرضها المشرع على البيوع بالمزاد، والتي يفترض بها تحقيق هذه البيوع في كل أحوالها - فائضاً مضافاً إلى القيمة الأصلية للأموال موضوعها.

ذلك أن تلك البيوع قد تدار قضائياً أو إدارياً، فلا يكون للقائمين على إجرائها، مصلحة في اقتضاء ثمن عادل لها.

وقد يضطر أصحابها -ولو باعوها اختياراً- إلى عرضها في وقت غير ملائم، فلا يتربحون من بيعها. فإذا فرض للمشرع ضريبة على بيعها غير المشر، كلهم رفقا بما يبال من رسوم

(١) Mc Gray V. United States 195, U. S. 27 (1904).

(٢) United States V. Doremus, 249 U.S. 86 (1919).

(٣) Sonzinsky V. United States, 300 U.S. 506, 514 (1937).

(٤) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٣٣ من الجزء الثاني.

أموالهم في ذاتها. وهو ما يخرج بالضريبة عن وظيفتها بوصفها إسهاماً منطقياً من المكلفين بها بقصد مواجهة الأعباء التي يقتضيها تسيير وتنظيم وتطوير المرافق العامة.

والقول بأن للضريبة التي فرضها المشرع على بنوع بذواتها، ليس من غيرها في مجال ربطها وتحصيلها لا يقيما -وبناء على هذا الاعتبار وحده- على أساس من الدستور^(١).

٤٨. لا يجوز للضريبة أن تكمر وعاءها من خلال فداحة عبثها؛ ولا أن تتمحض عن جزاء يكون هو المقصود بها، ولو تخفى في صورة الضريبة^(٢).

الفرع السادس عشر

الجريمة الضريبية

أولاً : تطبيق حق رفعها على طلب من الجهة التي عينها المشرع

١٩٢- قد يعلق المشرع حق النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية بشأن الجريمة الضريبية على طلب يقدم إليها من الجهة التي يحددها. فإن هو فعل، كان ذلك قيداً استثنائياً على سلطتها في مجال تحريكها، ومقتضياً إجرائياً لجواز مباشرتها.

ولا يعتبر هذا القيد بالتالي عنصراً في قيام الجريمة أو توافر أركانها. بل مجرد عقبة تحول دون اتخاذ إجراء فيها ما بقي القيد قائماً. وارتفاع هذا القيد مؤداه أن يعود إلى النيابة العامة اختصاصها كاملاً في شأن هذه الجرائم، فلا تلزم برفع الدعوى الجنائية عنها. بل تقصر -في حدود سلطتها التقديرية- تحريكها أو إهمالها.

وهذه القاعدة هي التي ردنتها المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية التي تخول النيابة العامة دون غيرها، الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على غير ذلك. وهو ما يعني أن أصل الحق في رفعها مخول للنيابة العامة تتولاه بنفسها على ضوء وقائع الاتهام

(١) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٧ ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٧ ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

وأدلتها. لا استثناء من ذلك إلا في جرائم بذواتها يحددها القانون، ويندرج تحتها تلك التي تقتضى طبيعتها الخاصة، ألا تتخذ للديانة العامة إجراء فيها إلا بناء على طلب من الجهة التي صلبها المشرع، يصدر عنها وفق ما تراه ملائماً ولائق اتصالاً بالمصلحة التي توخاها المشرع من التجريم^(١).

١٩٣- ولا تعتبر العقوبة التي يفرضها المشرع على الجريمة الضريبية مقصودة لذاتها، وإنما غايتها تحقيق غرض محدد يرتبط بها، يتمثل أصلاً في صون مصلحة الخزنة العامة في إطار من التفاهم بين المتحملين بالضريبة من ناحية، والجهة الإدارية التي تقتضيها من ناحية ثانية.

ومن ثم توازن هذه الجهة بين مسؤولياتها في صون المصلحة الضريبية للدولة، وخطورة الآثار المترتبة على الإخلال بها، بما يخلوها سلطة مطلقة في مجال تقدير ملائمة رفع الدعوى الجنائية عن الجريمة الضريبية أو التخلي عنها. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

١٩٤- الأصل في الجرائم الضريبية أنها جرائم مالية غايتها التخليص من الضريبة الجمركية كلها أو بعضها، ولا تنطبق لها بأشخاص مرتكبيها. ولئن جاز القول بأن بعض هذه الجرائم قد يخل بالحماية اللازمة لدعم الصناعة الوطنية من خلال تطبيق النظم المعمول بها في شأن البضائع المملوكة استيرادها؛ إلا أن الجرائم الضريبية -وعلى تباين صورها- يتعين معاملتها وفق ضوابط حذرة يكون تطبيقها عائداً إلى الإدارة المالية ذاتها، لتزج على ضوئها، خطورة كل منها وملاستها، فلا تقام الدعوى الجنائية عنها إلا بناء على طلبها بعد تقييمها لكل حالة على حدة^(٢).

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣٤- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- ص ٥٨٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٤- ص ٥٨٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانياً: التصالح فيها

١٩٥- قد يجزى المشرع الصلح في بعض الجرائم الضريبية، كجريمة تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها أو الشروع فيه، أو حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بتهريبها. فإذا جعل المشرع لهذا الصلح أثراً وجوبياً يتمثل في مصادرة البضائع المضبوطة في تلك الجرائم، وأثراً جوازياً يخول الجهة الإدارية وفق سلطتها التقديرية، الحق في مصادرة وسائل نقلها ومواد تهريبها؛ فإن المصادرة في الحالتين لا تستند إلى إرادتين تلاقيتا على الصلح فيما بينهما، بل تتم المصادرة الجوزية بقرار منفرد تصدره الجهة الإدارية. كذلك تقع المصادرة الوجوبية بناء على نص في القانون، بما يحتم إنفاذ أثرها ولو خلا عقد الصلح منها، بل ولو أسقطها هذا العقد لنزول الجهة الإدارية عنها.

وبفضلًا عما تقدم، فإن المصادرة في صورتها الوجوبية والجوزية، لا تقع بناء على حكم قضائي بالمخالفة لنص المادة ٣٦ من الدستور. ذلك أن عدم رد البضائع التي تم ضبطها إلى أصحابها، مؤداه أن تحل الدولة محلهم في ملكيتها، وأن تكون إليها هذه البضائع بغير مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها.

وإذا كانت المصادرة التي أجراها المشرع -كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية- لا تعتبر تكبيراً احترازياً يتصل بأشياء يعتبر استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها في ذاته، جريمة معاقبا عليها Objects the possession of which without more, constitutes a crime. فإن عدم رد هذه البضائع إلى أصحابها يعتبر عقاباً جنائياً لقيام صلة بين مصادرتها وبين الجريمة التي تم ارتكابها. وهي بعد عقوبة عينية ترد على أموال بذواتها تتمثل في بضائع تم ضبطها اتصالاً بتهريبها، وكان ينبغي بالتالي أن يصدر بها حكم قضائي^(١).

ويؤيد هذا للنظر أن الدستور، وإن حظر بنص المادة ٣٦ مطلق المصادرة العامة، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، سواء كانت هذه المصادرة عقاباً جنائياً، أم كانت جزاء مدنياً مبناه مخالفة النظم الجزائية المعمول بها؛ فإن توقيعها يجب أن يتم من خلال حق التقاضي صوناً

(١) الحكم السابق من ٥٩٠ - ٥٩٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة

لحقوق الملكية التي تصيبها المصادرة. فلا يتم الفصل في هذه الحقوق سواء بإثباتها أو نفيها - إلا على ضوء نظرة محايدة تحيطها، ووفق مقاييس وضوابط حددها المشرع سلفاً^(١).

(١) الحكم السابق من ٥٩٦ - ٥٩٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الخامس

لرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري

١٩٦- وتحدد المحكمة الدستورية الطيا القواعد التي تحكم مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها التشريعية، سواء في ذلك ما اتفق منها وطبيعة وظائفها، أو ما خرج عن النطاق الطبيعي لولايتها. وهي تحدد كذلك ماهية قراراتها الفردية؛ ونطاق تدخلها في المرافق التي تنشئها؛ وخصائص العقود الإدارية التي تدخل فيها للوفاء باحتياجاتها. وتستظهر فضلا عما تقدم، حقيقة الروابط القانونية بين هذه المرافق وعملها، وتقيم لها ضوابطها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

المطلب الأول

مباشرة الإدارة لسلطانها اللاحقة

١٩٧- تبأثر السلطة التنفيذية لاختصاص إصدار تشريعات لاحقة، إما بصفة أصلية فيما يتفق وطبيعة وظائفها، كأصدارها اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين؛ وإما بصفة استثنائية نخرج فيها عن النطاق الطبيعي لوظائفها، مثلما هو الحال في اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة. ذلك أن اختصاصها بإصدار هذين النوعين من اللوائح اللتين تبأثر من خلالهما سلطة تشريعية استثنائية، مردها إلى قواعد الدستور ذاتها في الحدود الضيقة التي أنشأ بها.

الفرع الأول

اللوائح التنفيذية

١٩٨- تصدر هذه اللوائح وفقا لنص المادة ١٤٤ من الدستور، ولقاعدة فيها أنها تفصل ما ورد إجمالاً في نصوص القانون، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها، أو إعفاء من تنفيذها^(١). ولا يعد من قبيل هذه اللوائح، تفويض رئيس الجمهورية في أن يخضع للضريبة سلعا غير التي أشتمل عليها الجدول المرافق لقانونها، أو أن يزيد فئاتها بما يعدل من نطاق مريان أحكامها ويحور بنيلها^(٢).

(١) "مستورية عليا" -الضريبة رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٧

-س ٢١٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يختص بإصدار اللوائح التنفيذية - عملاً بنص المادة ١٤٤ من الدستور - غير رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك، أو من يعينه القانون لإصدارها. وكلما عهد القانون إلى جهة بذاتها بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه، فإن هذه الجهة دون غيرها هي التي تستقل بإصدارها^(١).

الفرع الثاني

اللوائح التفويضية

١٩٩- لرئيس الجمهورية - عملاً بنص المادة ١٠٨ من الدستور - أن يصدر قرارات لها قوة القانون فيما فوض فيه من المسائل التي عهدت إليه السلطة التشريعية بتنظيمها، وذلك في إطار ضابط عام، هو ألا يكون من شأن هذا التفويض، نقل الولاية التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية. ذلك أن نخل السلطة التشريعية عن ولايتها، أو نزولها عن جزء هام منها لجهة أخرى تنبئها عنها في مباشرتها؛ بقدها صفتها التمثيلية، ويقربها من السلطة التنفيذية إلى حد اندماجها معها، ويفيد كذلك خروجها على الدستور من خلال عزلها عن مباشرة اختصاص نيط بها وفقاً لأحكامه.

وفي إطار هذا الضابط العام لا يجوز التفويض إلا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبشرط أن توافق السلطة التشريعية على قانون التفويض بأغلبية ثلثي أعضائها لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تفريط فيها. وعلى السلطة التشريعية كذلك، أن تحدد بنفسها قانون التفويض نطاق المسائل المفوض فيها، وأسس تنظيمها بصورة قاطعة ينصم بها جنل حول مضمونها وضوابط تنظيمها. وبشروط دوماً أن يكون التفويض موقوفاً "بِزمن معين" لا يجاوزه، سواء كانت مدة التفويض محددة سلفاً، أو قابلة للتحديد من خلال عناصر تيسر ضبطها. وذلك حتى لا تتحول الولاية التشريعية الاستثنائية التي حولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة جامحة منفلتة من عقابها.

(١) دستورية عليا القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ من

٢٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) دستورية عليا القضية رقم ٥ لسنة ٥ ق دستورية - جلسة ١٧ مايو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٤٩ من ٣٢٥ وما

بعدها من الجزء الثالث.

ولا تمارس السلطة التنفيذية التفويض الصادر لها من السلطة التشريعية بعيداً عن رقابتها. ذلك أن الدستور ألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية، للتدابير التي اتخذتها بناء على قانون التفويض، على أن يتم ذلك في أول جلسة تدعى السلطة التشريعية إليها بعد انتهاء مدة التفويض. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية عليها خلال هذا الميعاد تلك التدابير، أو عرضها، ولكن السلطة التشريعية لم تقرها، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون. بما موداه:

أولاً: أن التفويض الصادر عن السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية مقيد بالحدود الضيقة التي تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص يتولاه عرضاً، وعند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية التي تقتضى تدابير ملحة. ومن ثم يتقيد اختصاص رئيس الجمهورية -وعلى الأخص- بقيدتين رئيسيتين:

أولهما: أن التفويض لا يصدر إلا لتنظيم موضوع معين، وبشرط أن يحيط بالأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم.

ثانيهما: أن رئيس الجمهورية لا يباشر الاختصاص المفوض فيه، إلا خلال الفترة التي يبينها قانون التفويض بصورة صريحة أو ضمنية.

فإذا خلا قانون التفويض من بيانها، وقع التفويض باطلاً لصدوره بالمخالفة للدستور^(١).

الفرع الثالث

لوائح الضرورة

٢٠٠- حدد الدستور لكل سلطة وظائفها الأصلية، وبين كذلك ما تبأشره من مهام لا تدخل في نطاق وظائفها هذه، وإنما تخرج عن المجال الطبيعي لنشاطها.

وهذه الأعمال الاستثنائية -والعرضية بطبيعتها- هي التي فصل الدستور أحكامها لضمها لمباشرتها في إطار القيود التي أحاطها بها. ذلك أن فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وأن توخى أن تتولى كلا منها المهام التي اختصها الدستور بها بحكم تعلقها بالمجال الطبيعي

() القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٥ - ص ٣٢٨، ٣٢٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤٢٩ - ٤٣٠ من الجزء السابع.

لوظيفتها، إلا أن هذا الفصل يمتحن أن يوازن بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام العام في إقليمها، إزاء المخاطر التي قد تواجهها فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها، ولو لم تكن هذه المخاطر مادية في طبيعتها، بل كانت من طبيعة قانونية تقتضيها ضرورة إيفاء الدولة لالتزاماتها الحالية التي أنشأتها معاهدة دولية تعد طرفاً فيها .

وعلى ضوء هذه المخاطر، وبالنظر إلى عواقبها، وبمراعاة حثتها - وهي مخاطر لا يشترط فيها أن تكون الأضرار التي تفرزها قاطعة في وضوحها، وإنما يكفي أن تلوح نذرها وأن تتخذ بالتالي شكل إرهاب من هذه المخاطر - حول الدستور رئيس الجمهورية أن يتخذ لتوقيها أو إردفها على أعقابها أو لنقليل أثارها، تدابير عاجلة تناسبها.

وتلك هي حالة الضرورة التي يقوم بها مناط تطبيق نص المادة ١٤٧ من الدستور. وهي حالة يمس عليها المحكمة الدستورية العليا رقبتها، للتحقق من وجودها أو من نخلها. فإذا قام الدليل لديها على وجودها، كان عليها أن تنظر كذلك في نوع ونطاق التدبير التي اتخذها رئيس الجمهورية لمواجهتها، كي تفصل في ملاءمة هذه التدابير لإنهاء المخاطر أو تخفيفها، حتى لا تتحول الرخصة التشريعية الاستثنائية التي حولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة مطلقة كاملة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انفلاتها^(١).

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "مستورية" - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - مساعدة رقم ٣١

نص ٢٨٨ - ٢٩٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

المطلب الثاني

نطاق سريان اللوائح وأثره على الشرعية الدستورية

الفروع الأولى

القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا

٢٠١- لا تعد اللائحة قرارا إداريا تنظيميا إذا اتصل تطبيقها بمجال القانون الخاص، ولو كانت الجهة التي أصدرتها من أشخاص القانون العام.

كذلك تتحدد أوضاع لو مراكز العاملين في الدولة، على ضوء الدائرة التي تنتميها أصلا. فإذا كان القانون الخاص يحكمها في عموم قواعده، كان هذا القانون محورها، وقاعدة بنائها، ولو تدخل المشرع بقواعد قانونية آمرة لتنظيم بعض جوانبها.

بما مؤده أن كل تنظيم للعلائق القانونية في دائرة بذاتها، لا يجوز أن يكون مجافيا لحقيقتها، بل يتعين دوما الرجوع إلى الأصل فيها، وأن ينظر إليها بافتراض اتساقها مع هذا الأصل^(١).

وكلما دخل مضمون هذه العلائق في منطقة القانون العام، وقام تنظيمها على قواعد موجودة أصدرتها السلطة التنفيذية، توافر مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورتها.

ولا كذلك ما يصدر عن أحد أشخاص القانون الخاص من قرارات في شأن من الشؤون التي ينظمها هذا القانون، كالقرارات التي تصدرها البنوك التجارية في إدارتها لشئونها المصرفية^(٢).

كذلك فإن القرار الصادر عن شركة مساهمة في نطاق أغراضها، وعلى ضوء الوسائل التي تملكها في إدارتها لشئونها، بظل والعا في منطقة القانون الخاص؛ ولا يعتبر بالتالي قرارا إداريا

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٠٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٧ - ص ٩٨٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٠ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٢ - ص ١١٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ٢٣١ من الجزء السابع.

فرديا أو تنظيمياً- ولو كان المشرع قد ضبط بعض نواحي نشاطها بقواعد أمره لا يجهز الخروج عليها^(١).

والأصل في القرارات الإدارية فردية كانت أم تنظيمية- هو صدورها عن الجهة التي اختصها المشرع أو الدستور بإصدارها؛ واستيفائها للأوضاع الشكلية المطلوبة فيها؛ ومطابقتها في محلها للقانون؛ وبراعتها في بواعثها مما يحرقها عن أغراضها.

ذلك أن تنكبها عن المصلحة العامة؛ أو مجاوزتها أغراضها بذواتها رصدها المشرع عليها. مؤداة جواز النعي عليها بمجاوزة السلطة. ويعتبر ذلك عيباً غالياً أو قسدياً لا يفترض، إذ هو وثيق الصلة بحقيقة الأغراض التي توختها الإدارة من وراء إصدارها للقرارات المطعون فيها، ويتعين بالتالي أن يقوم الدليل عليه نفاً من عيون الأوراق ذاتها^(٢).

ولا شأن للرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على التشريعية الدستورية، بالقرارات الإدارية للفردية مهما بلغ خطرها، أو درجة انحرفها عن حكم الدستور، أو خروجها على قواعده.

ذلك أن قراراتها هذه لا تتولد عنها غير مراكز خاصة يقتصر أثرها على أشخاص معينين بذواتهم. ولا شأن لها بالتالي بذلك المركز العام الذي يتولد عن القانون بمعناه الموضوعي^(٣). وإذا نقضت محاكم مجلس الدولة بقول أو برفض طلب مقدم إليها في شأن وقف تنفيذ قرار مطعون فيه أمامها، فإن حكمها في ذلك يفيد بالضرورة فصلها في المسائل الفرعية التي لا يستقيم

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٥ - ص ٥٩٥ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "طلبات أعضاء" - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٩/١، ص ١٠ - ص ٤٤٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥ ص ٥٢ و ٥٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. ولا تعتبر بالتالي من قبيل النصوص القانونية لقرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة التي تضمها المحكمة الواحدة - كما كان نوعها في درجتها - والتي تصدر عن جميعها العلامة عملاً بنص المادة ٣٠ من قانون السلطة القضائية، ذلك أن هذه القرارات لا تعتبر تشريعاً أصلياً أو فرعياً سواء بالنظر إلى مضمونها أو الآثار التي ترتبها، بل تتولد عنها مراكز ذاتية تخص القضاء الذين تم توزيع العمل القضائي فيما بينهم تنظيمياً لسواء.

"دستورية عليا" - القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ - القاعدة رقم ٢٩ ص ٢٨٣ من الجزء السادس.

نظر هذا الطلب بغير الخوض فيها؛ كذلك المتعلقة باختصاصها ولائها ونوعيا بالفصل في خصومة إلغاء هذا القرار المطروحة عليها؛ وكذلك في توافر شروط قبولها أو انتقائها، فلا يكون وقفها تنفيذ القرار المطعون فيه، إلا قضاء ضمينا باختصاصها بإلغائه^(١).

الفرع الثاني

امتناع تحسين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية

٢٠٢- وينبغي أن يلاحظ أن القرارات الإدارية جميعها -الفردية منها والتكثيفية- لا يجوز تحسينها من رقابة للقضاء، سواء تعلق الأمر بإلغائها أو بالتعويض عنها:

أ. فالقرار بقانون الصادر عن رئيس الجمهورية بإعادة تعيين أعضاء السلكن الدبلوماسي والقتلى في مصر وسوريا، وتحديد ألقاباتهم على أن يكون ترتيبهم فيما بينهم نهائيا، وغير قابل للطعن، يناقض حق هؤلاء في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وفي تساويهم مع غيرهم من العاملين أمام القانون، بالمخالفة للمادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور^(٢).

ب. وما قرره القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببعض الشركات القائمة، من تحويل لجان التقييم التي نص عليها، حق تحديد أسعار أسهم بعض الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون، توصل لتحديد قيمة التعويض المستحق قانونا لأصحابها مقابل ليلولة ملكية أسهمهم إلى الدولة، موداه أنها من اللجان الإدارية -لا القضائية- فلا يجوز تحسين قراراتها من الطعن عليها أمام جهة القضاء المختصة بالفصل فيها^(٣).

ج- أن مجلس الدولة كهيئة قضائية لها استقلالها، صار بمقتضى نص المادة ١٧٢ من الدستور مختصا بولاية الفصل في المنازعات الإدارية جميعها باعتباره قاضيا أصيلا، فلا تبشر جهة أخرى بعض جوانبها إلا في حدود ضيقة؛ وبصفة استثنائية تكون الضرورة في

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ قضائية "تعارض" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٥ من ٩١٨ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ١٧- جلسة ٥ يناير ١٩٨٥ من ١٠٢ وما بعدها من الجزء الثالث من أحكام المحكمة.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٧ لسنة ٦ ق "دستورية" - جلسة ١٦/٢/١٩٨٥ -قاعدة رقم ٢٣ من ١٤٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

صورتها الملجنة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة - إلى أوثق روابطها - مقطوع بها؛ وفي إطار قانون صادر عن السلطة التشريعية إعمالا للتفويض المخول لها بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها، وتنظيم طريقة تشكيلها^(١).

إذا كان كذلك؛ وكان للتظلم من أمر الاعتقال إنما يشكل خصومة قضائية تدور بين السلطة التنفيذية في شأن تدابير الاعتقال التي اتخذتها من جهة؛ وبين المعتقل أو غيره الذي يتظلم من أمر الاعتقال طعنا عليه على أساس عدم مشروعيته من جهة أخرى؛ وكان المشرع قد اختص محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" دون غيرها بالنظر في أمر الاعتقال فضلا في للتظلم منه؛ وكان المشرع قد كفل للمعتقل كل ضمانة قضائية يقتضيها إيداء دفاعه وسماع أقواله؛ وكان للتظلم من أمر الاعتقال واقعا أمام جهة قضائية تتصل في خصومة التظلم بمقتضى قرار يصدر خلال أجل محدد على أن يكون مسببا؛ وكان رفض تظلمه يخوله الحق في أن يقدم بتظلم جديد كلما اقتضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض للتظلم؛ فإن محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" تكون هي الجهة التي اختصها المشرع بالفصل في التظلم باعتبارها قاضيه الطبيعي. وهي تتصل فيه فصلا قضائيا لا يمحس أمر الاعتقال -وباعتباره قرارا إداريا- من رقابة القضاء..

ومن ثم لا يكون إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى غير محاكم مجلس الدولة لضرورة قدرها المشرع، مخالفا لنص المادتين ٨٦ و ١٧٢ من الدستور^(٢).

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١٨ قضائية كتلازع - جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ - ص ١٥٠ وما بعدها من الجدل الثامن.

أنظر كذلك القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ إبريل ١٩٩٩ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٢٤٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا والقضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٨٣ - ص ٧١٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ ق "دستورية" - جلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٠ وما بعدها من الجزء الثالث.

وبلاحظ كذلك أن الأئزعة التي يدور موضوعها حول ما يصدر في شأن طلاب المعاهد العسكرية من قرارات إدارية -سواء ما أتصل منها بتحصيلهم الدراسي أو ما تعلق بامتحاناتهم- تتماثل في طبيعتها وتتحد في جوهرها مع الأئزعة الإدارية الخاصة بأقرانهم من طلاب الجامعات والمعاهد العليا التابعة لوزارة التعليم أو الخاضعة لإشرافها؛ ولا يجوز بالتالي أن يخرجها المشرع من اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر إلى دخولها أصلاً في ولايتها باعتبارها قاضيها الطبيعي. ويتعين بالتالي أن تحكمها قواعد موحدة لا تقتض في النظائر تخالفها فيما بينها^(١).

المطلب الثالث

سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة

٢٠٣- تتدخل الإدارة لإشباع مصالح مواطنيها من خلال المرافق العامة التي تنشئها وتبسط إشرافها عليها. وتتكون هذه المرافق في صور نشاطها والأغراض التي تستهدفها وتظل المرافق العامة مع تحدها وتباين صور نشاطها، ولخلافها في أهدافها، محكومة بذات القواعد التي تفصل جوهر أحكامها سواء تعلق الأمر بمفهوم المرفق العام؛ أم بالعقود التي يدخل المرفق فيها لتحقيق الأغراض التي يقرم عليها، أو بالقواعد التي تنظم شئون العاملين فيها. وفي تفصيل ذلك:

الفرع الأول

المرافق العامة من حيث ماهيتها

٢٠٤- من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن المرافق العامة إما تتوخى إشباع أغراض بذولتها تقتضيها خصائص نشاطها التي تقدر معها الجهة التي أنشأتها وسعواء أكان تدبيرها صائباً أو مخطئاً- أن أشخاص القانون الخاص لا يقومون على مباشرة الأعمال التي تهض بها، أو ينفرون منها، أو قد يديرونها وفق نظم لا تلائمها. ومن ثم تقرر هذه الجهة -وهي بالضرورة من أشخاص القانون العام- تنظيمها بما يكتل مريان نظام قانوني خاص عليها، سواء

(١) القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١ قضائية "دستورية" -جلسة ٩/٩/٢٠٠٠- قاعدة رقم ٨٣ -ص ٧٢١ - ٧٢٢ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

وبلاحظ أن النص الذي أخرج هذه المنزعات من اختصاص محاكم مجلس الدولة، هو نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٣ الذي أسند الفصل فيها إلى لجنة ضبط القوات المسلحة -دون غيرها- منعقدة بهيئة قضائية.

فى شأن علاقتها بالعاملين فيها؛ أو على صعيد عقودها؛ أو قواعد مسؤولياتها؛ أو طرق محاسبتها، أو الجهة القضائية التى تتفرد بالفصل فى منازعاتها.

وكما تطلق الأمر بأموال هذه المرفق، فإن إدارتها تغاير أوضاع الدومين الخاص، وطوبى تنظيمها. ذلك أن مالياتها تضبطها معايير جامدة تحول دون مجاوزة تقديراتها، أو استخدامها فى غير الأغراض المرسودة عليها.

وما تقدم مؤداه، أن مفهوم المرفق العام، إنما يتحدد أصلاً بالنظر إلى طبيعة الأعمال التى يتولاها *la notion matérielle*، سواء أكان الانتفاع بها حقاً للمواطنين فى مجموعهم، أم كان مقصوراً على بعضهم.

ويفترض وجود هذا المرفق، عدداً من العناصر، أرجحها أن الأعمال التى ينهض المرفق بها، ينبغي أن تتصل جميعها -من جهة غايتها- بالمصلحة العامة؛ وأن يكون إشباعها مكفولاً أصلاً من خلال وسائل القانون العام *les procédés de droit public* ومقتضياً تكيفاً من أحد أشخاص هذا القانون، سواء قام عليها ابتداءً، أو عهد بها إلى غيره.

بيد أن شرط المصلحة العامة، وإن كان كامناً فى فكرة المرفق العام، ويعتبر مفترضاً أولياً لوجوده، إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. ذلك أن المشروع قد يكون اقتصادياً متوخياً إشباع أغراض لها صلة وتقى بهذه المصلحة، ولا يعتبر مع هذا مرفقاً عاماً. وإنما يكون المشروع كذلك إذا استهدفها، وكان تحقيقها قد تم من خلال تكفل أحد أشخاص القانون العام إيجابياً فى الشؤون التى يقوم عليها، وليس لازماً أن يكون هذا التكفل عن طريق الاستغلال المباشر.

وإعمال هذه العناصر على ضوء القضاء المقارن، يؤكد اطراحه على أن الأعمال التى تقصد اتصالها بالمصلحة العامة *Etrangée à l'intérêt public* وكذلك تلك التى تكون ربحيتها *le but lucratif* غرضاً مقصوداً أصلاً من مباشرتها، لا تعتبر مرفقاً عاماً؛ على تقدير أن هذه المرافق لا تبشر نشاطها أصلاً إلا من خلال خضوعها لقواعد القانون العام.

وحتى عند من يقولون بأن هذا القانون ليس بالضرورة قانون هذه المرافق، وأن من الأفضل التركيز على لجوئها إلى وسائل القانون العام فيما تتولاه من الأعمال؛ فإن إدارة أموال الدومين الخاص *la gestion domaniales* تظل ذاتية بطبيعتها عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى أن هذه

الأموال مشبهة -فى خصائصها ونظامها القانونى- بالملكية الخاصة، وأن إدارتها لا تتم أصلاً إلا بوسائل القانون الخاص التى تلتزم أغراض استخدامها واستثمارها.

وما تقدم مؤداه، أن المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التى يبشرها l'objet de service؛ ومردودها Rentabilité؛ ونظم إدارتها Fonctionnement، وأن ما يعتبر معياراً مادياً لهذا المرفق le sens matériel ou objectif إنما يتصل بطبيعة الأعمال التى يؤدىها، ولا يجوز بالتالى أن يختلط بالجهة التى تقوم على إدارتها le sens organique ou formel. فقد تكون شخصاً عاماً، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص^(١).

الفرع الثانى

سلطة المرافق العامة فى توقيف الحجز الإدارى

لاقتضاء حقوقها

٢٠٥- تتوخى القواعد التى تضمنها قانون الحجز الإدارى، أن تكون بيد أشخاص القانون العام وسائل ميسرة تمكنها من تحصيل حقوقها -على الأخص تلك التى تقابل أعمالاً بذلتها أو تدابير اتخذتها- فلا يتقيد اقتضاؤها جبراً عن مدينيتها بالقواعد التى فصلها قانون المرافعات المدنية والتجارية فى شأن التنفيذ الجبرى. وإنما تعتبر استثناء منها، وامتيازاً مقررراً لصالحها يجعلها دائماً فى مركز المدعى عليه. ذلك أن قرار جهة الإدارة بإسناد ديون تدعيها إلى آخرين، يفيد أن قولها بوجودها وتحديدها لمقدارها، يعتبر سنداً تنفيذياً بها، يغنيها عن اللجوء إلى القضاء لإثباتها.

فلا يبقى مركزها مساوياً لمركز مدينيتها، بل يكون قرارها بالحقوق التى تطلبها منهم، سابقاً على التكليف عليها من جهتها Du privilège préalable، ونقلاً إليهم مهمة نفيها.

وتقتضى الطبيعة الاستثنائية لقواعد الحجز الإدارى، أن يكون نطاق تطبيقها مرتبطاً بأهدافها، ومتصلاً بتسيير جهة الإدارة لمرافقها.

(١) دكتورية عليا -القضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية دستورية- جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٩٨- ص ١٣١١ و ١٣١٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

فلا يجوز نقل هذه القواعد إلى غير مجالها، ولا إلزامها ثوباً مجالياً لحقيقتها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن الديون التي تدعيها تعامل بافتراض ثبوتها في حق من تراهم ملتزمين بها أو مسئولين عنها.

وإذا جاز هذا الافتراض في شأن ديون تطلبها جهة الإدارة لنفسها، وتقتضيها بوسائل استثنائية في طبيعتها، تجاوز بها ما يكون مألوفاً من صور التعامل في علائق الأفراد بعضهم ببعض، إلا أن بسطها وتقرير سريانها في شأن ما ينشأ عن العمليات المصرفية التي تباشرها البنوك من ديون تدعيها قبل عملاتها -الأصل فيها التحوط لأدائها، وتهيتها وثوبتها، وتكافؤ أطرافها في مجال إثباتها ونفيها- مؤداة إلحاق نشاطها -في هذا النطاق- بالأعمال التي ينسب عليها المرافق العام، واعتبارها من جنسها. وإخضاع تحصيل الديون التي تطلبها من عملاتها -ردون مقتضى- لقواعد تكاليف بصيرمتها، مرونة عملياتها وتجارياتها، وللمتلان عملاتها إليها فيما يحصلون عليه من لئتمان منها.

ذلك أن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام، تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار، وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها.

وأعمالها هذه -بالنظر إلى طبيعتها- تخضعها لقواعد القانون الخاص، وهي تباشرها بوسائل هذا القانون، ولو كان رأس مالها مملوكاً -كلها أو جزئياً- للدولة.

إذ لا صلة بين الجهة التي تملك أموالها، وموضوع نشاطها، ولا بطرائقها فسي تسييرها. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً، أو منفصلاً عن ربحيتها باعتبارها غرضاً نهائياً تنفيها، بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها^(١).

الفرع الثالث

جواز الحجز على أموال المرافق العامة

٢٠٦- تعتبر أموال المدينين جميعها ضماناً للوفاء بديونه. والدلتون متكافون في هذا الضمان، إلا أن من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. ولذلك ينبغي أن يتخذ في شأن أموال مدينه، الطرق التحفظية والتنفيذية اللازمة لاقتضاء حقوقه منها. ولئن كان المشرع قد جرى أحياناً

(١) الحكم السابق من ١٣١٣-١٣١٤ من الحكم السابق.

على استثناء بعض الأموال من الحجز عليها، كتفريده عدم جواز الحجز على أدوات المرفق العام اللازمة لمسيره لزوماً حتمياً، إلا أن هذا الاستثناء يظل منحصرأ في دائرته الضيقة، ومقيداً بدوافعه.

ولا يجوز بالتالى أن يمتد إلى غير الأموال التى تعلق بها، ولو كانت الاعتبارات التى وجهته فى حالة بذاتها، متوافرة فى حالة أخرى لا نص عليها.

إذ كان ما تقدم، وكان المشرع -تقديراً منه لأهمية دور بعض الهيئات ذات النفع فى مجال رعاية النشء وتنمية ملكاته، وتأهيله للنهوض بمسئوليته، وتحمل تبعاتها فى سبيل الارتقاء بأمنته ودعم مكانتها فى أكثر الميادين أهمية- قد خوك على هذه الهيئات -ومن أجل تمكينها من مباشرة أغراضها- جانباً من خصائص السلطة العامة؛ وكان الأصل فى هذه الهيئات أنها تباشر نشاطها بوصفها من أشخاص القانون الخاص، ملتزمة فى إدارتها لشئونها بوسائل هذا القانون؛ فليس ما تمتع به من امتيازات السلطة العامة، لا يدمجها فى أشخاص القانون العام؛ ولا يجعلها جزءاً من تنظيماتها.

وما كان المشرع ليجردها من مزاوله بعض مظاهر السلطة العامة اللازمة لمباشرة نشاطها وإلا حال بينها وبين أداء رسالتها؛ وكان المشرع قد كشف كذلك عن حقيقة هذه الهيئات فاعتبرها من الهيئات الخاصة؛ فإن أموالها -وبالضرورة- تكون من الأموال الخاصة التى يجوز -فى الأصل- الحجز عليها واقتضاء الحقوق منها.

وما قرره المشرع من أن أموال هذه الهيئات تعتبر من الأموال العامة؛ فى تطبيق أحكام قانون العقوبات، يدل لزوماً على أن أموالها لا تندرج أصلاً تحت الأموال العامة، وإنما ألحقها المشرع مجازاً بها، واعتبرها حكماً جزءاً منها، فى مجال تطبيق النصوص العقابية التى فرضتها لحماية الأموال العامة، متوخياً بذلك صون أموال هذه الهيئات من العبث بها وإحكام الرقابة عليها، ويزجر المتلاعبين فيها، مع بقاءها على غير هذا المجال - من الأموال الخاصة التى يجوز للدائن اقتضاء حقه منها، حال الامتناع عن الوفاء به اختياراً^(١).

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية جمهورية - جلسة ٣ أبريل ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ وما بعدها من المجلد الثالث من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

الفرع الرابع

العقود الإدارية وصلتها ببلدية وتسيير المرافق العامة

٢٠٧- تتصل للعقود الإدارية بنشاط المرافق العامة في مجال تسييرها أو تنظيمها أو تطويرها. بيد أن المحكمة الدستورية العليا، تركز على وسائل القانون العام في مجال تحديدّها لفواصل التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص التي تدخل الإدارة فيها. ذلك أن الإدارة لا تبرم العقود الإدارية وفق الأوضاع ذاتها التي يرتضيها المتعاقدون في عقود القانون الخاص. ولكنها تظهر في العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة. وهي تفصح عن سلطتها هذه من خلال تضمينها العقد شروطاً استثنائية لا يأنها الأفراد فيما يدخلون فيه من روابط القانون الخاص، تقديراً بأن هذه الشروط هي التي تؤكد بها جهة الإدارة انتهاجها لوسائل القانون العام التي تبلور بذواتها خصائص السلطة العامة وامتيازاتها، فلا يتكافأ مركزها بعد اللجوء إليها- مع المتعاقدين معها^(١).

٢٠٨- وتردد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن الأصل في العقود هو طبيعتها المدنية التي لا يجوز الخروج عليها إلا في الأحوال الاستثنائية التي تصحح بها جهة الإدارة عن نيّتها في انتهاج وسائل القانون العام في شأن العقود التي تبرمها، وعلى الأخص من خلال امتيازاتها التي تباشرها قبل المتعاقد معها، أو عن طريق تخويلها هذا المتعاقد جانباً من سلطاتها لاستخدامها في تسيير وتنظيم مرافق عام كان ينبغي أن تقوم أصلاً عليه.

فلا تكون هذه الوسائل الاستثنائية في طبيعتها، إلا تعبيراً عن خصائص السلطة العامة التي لا تتكافأ معها في العقود مصالح أطرافها، بل تكون المصلحة العامة منطلها وغايتها، وبها ترجح الحقوق التي تثارها أو تتصل بها، على ما سواها^(٢).

(١) "مستورية عليا" للقضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "تلازع" -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٤- من ١٥١٣ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" للقضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "تلازع" -جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٥- من ١٥٢١ من الجزء الثامن.

الفرع الخامس

عمال المرافق العامة

أولاً:

ضوابط شغل الوظيفة وضمائنها

٢٠٩- يعتبر الحق في العمل مدخلاً إلى تولى الوظيفة. ومن ثم حرص الدستور على ضمان هذا الحق باعتباره وثيق الصلة بالحق في الحياة، وبضرورة صون الحرية الشخصية من القيود التي ترفعها دون مقتض، وبتكامل الشخصية وتكاملها؛ وبالقيم الخلقية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي، وبحق الناس جميعهم في تطوير الجماعة التي يعيشونها وإثراء ملامحها.

ولا يجوز بالتالي التمييز في مجال شروط مباشرة العمل إلا وفق الضرورة التي تقتضيها الضوابط الموضوعية اللازمة لتنظيمه، وعلى الأخص ما اتصل منها بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، وما يحيطها من عناصر بيئتها. ذلك أن شروط أداء العمل، لا يجوز انتزاعها من محيطها، ولا تحريفها عن أهدافها.

واعتبار العمل حقاً وفقاً لنص المادة ١٣ من الدستور، مؤداه أن الشروط التي يفرضها المشروع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، بها ينهض سويًا على قدميه، ولا يتصور وجوده في غيبتها.

ومن ثم لا تتعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحقيقها، وهي بعد شروط موضوعية يعتد بها في تقدير أجر العمل، وكذلك في تحديد الأحق بالحصول على المزايا التي يربتها، وأشكال حمايتها، ووسائل اقتضاها^(١).

ويعتبر من مزايا العمل وسواء تعلق بنشاط مباشره مرفق عام، أم كان واقعاً في منطقة القانون الخاص، ما تقيمه بعض الجهات لموظفيها أو عمالها من مساكن بأورون إليها، كي توفر بها ظروفًا أفضل لأداء ما نيط بهم من أعمال.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص

فلا يشغلها هؤلاء بعد انقطاع صلتهم بجهة عملهم، وزوال حقهم في الأجر. وإنما يكون لها أن تتصلها منهم، حتى توفرها لعمال آخرين ينهضون بالأعمال ذاتها أو بغيرها، فلا تتعثر خطاها.

وما ذلك إلا استصحابا لأصل مقرر في شأن روابط العمل مؤداة أنها غير مؤداة بطبيعتها، وأن مالها بالتالي إلى زوال، إما باستكمال الأعمال موضوعها، أو بانتهاء المدة المحددة لإتمامها.

فلا تبقى بعد انتهاء رابطة العمل الحقوق التي أنتجتها، ولا للمزايا التي كفلتها، ويترج تحتها أماكن دبرتها جهة العمل لسكنى عمالها، فلا يستقيم بقاؤهم فيها بعد انتهاء عملهم.

ذلك أن انتهاء عقد العمل يفيد بالضرورة لاقضاء الحق في الأجر بكل العناصر التي يشتمل عليها، والتي يترج تحتها تخصيص جهة العمل مساكن لعمالها، بما يحول دون احتفاظهم بها بعد انتهاء خدمتهم. لا تتميز بينهم في ذلك، إذ تتنظمهم جميعا للقواعد ذاتها والأسس عينها، فلا تنكبان تطبيقاتها، بل تتحد ضوابطها^(١).

ثانيا

بين الترقية بالاختيار والترقية بالأقدمية

٢١٠- كذلك، فإن الأصل أن يكون لكل وظيفة حقوقها وواجباتها، فلا تقابل مزاياها بغير مسئوليتها، ولا يكون وصفها وترتيبها، منفصلا عن متطلباتها التي تكفل للمرافق حيويتها وإطواد تقدمها، وقابلية نظمها للتعديل وفق أسس علمية قوامها التخطيط المرن وحرية التعبير.

فلا تتعثر أعمال الوحدة الاقتصادية أو الإدارية أو تفقد اتصال حلقاتها ببعض، أو تترجها فيما بينها.

بما مؤداة أن لكل وظيفة تبعاتها، فلا يشغلها إلا من يستحقها على ضوء طبيعة الأعمال التي تدخل فيها، والمهارة والخبرة اللازمة لها.

(١) -مستورية عليا -القضبة رقم ٩٥ لسنة ١٨ ق دستورية- جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٠ ص ٨٩٤

- ٨٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون التعيين فى وظيفة بذاتها، أو الترقية منها إلى ما يعلوها، مجرد تطبيق حرفى لمقاييس صماء، لا تأخذ فى اعتبارها خصائص كل وظيفة ومرتبعتها، والحد الأدنى للتأهيل لها، وغير ذلك من مقوماتها الموضوعية^(١).

وتمثل الترقية بالاختيار فى مفاهيم الدول المتحضرة، انحيازاً إلى الأصح والأكثر عطاء.

ومن ثم تعتبر أسلوباً ملائماً لتولى مهام أعمال بعينها، تكون بالنظر إلى أهميتها وموقعها من الهيكل التنظيمى للوحدة الاقتصادية أو الإدارية، مؤثرة إلى حد كبير فى نشاطها، وتحقيق الأغراض التى تقوم عليها.

ولا يجوز بالتالى أن يعهد بهذه الأعمال لغير من يؤدونها بحققها من خلال جهد خلاق يتفاعل مع مسؤولياتها؛ ويقابل بالتحليل الموضوعى ما يطرأ فى العمل من مشكلاتها.

وعلى سلطة التعيين أن تفاضل بين المترشحين على وظيفة بعينها، على ضوء أصلحهم للنهوض بها وفق ملكاتهم العقلية والنفسية والخلقية؛ وبافتراض أنهم لا يتحدثون فى كتابتهم لتوليها؛ وأن لبعضهم من عناصر الامتياز والتفوق ما يرجحهم على غيرهم؛ وأن تقدير هذه العناصر لتحديد من يكون من بينهم أجدر بها، ولحق بالتعيين أو الترقية إليها، عملية موضوعية لا تصدر فيها الجهة التى تتولاها عن أهوائها. بل عليها أن تزن عناصر التقييم جميعها بميزان الحق والعدل، وعلى ضوء نظرة والفة ترتبط بخصائص الوظيفة ومتطلباتها، وإلا كان قرارها مشوباً بإساءة استعمال السلطة^(٢).

ولا كذلك أن تكون الترقية بالأكاديمية التى لا يعدها فيها بغير مدة الخدمة الفعلية - لا الفرضية - التى قضاها العامل قائماً بأعباء عمله أو وظيفته. ذلك إنها تتناقض بطبيعتها الترقية بالاختيار.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ - ص

٥٠٠ - ٥٠٢ من الجزء الثامن.

(٢) ص ٥٠٢ - ٥٠٣ من الحكم السابق.

وغايتها ألا يتقدم من كان طارئاً على الوظيفة، على من نهض بأعبائها قبله، وعلى تقدير أن من باشر العمل فعلاً، أولى بالنظر ممن اعتبر قائماً به حكماً، وبمراعاة أن تقديم زميل على آخر لأقدميته، إنما يكون في وظيفة من الدرجة نفسها في الجهة ذاتها^(١).

ثالثاً

ملاحظة القائمين بالعمل العام من خلال الإدعاء المباشر

٢١١- ينص البند ثانياً من الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه لا يجوز للمدعى بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى إلى المحكمة عن طريق تكليفه لخصمه مباشرة بالحضور أمامها إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام، أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات^(٢).

ويعتبر البند ثانياً استثناء من الحق المقرر لكل شخص في أن يقيم نفسه مدعياً بالحقوق المدنية طلباً للتعويض عن الضرر المباشر الناشئ عن الجريمة، وإذا كانت المدعية في الخصومة الدستورية تتوخى أن تلاحق موظفاً من خلال الإدعاء المباشر - عن جريمة ارتكبتها أثناء تأدية وظيفته لتعويضها عن الأضرار المباشرة التي لحقتها هذه الجريمة بها، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفعها بعدم دستورية هذا البند باعتباره حائلاً بينها وبين اقتضاء الحقوق التي تطلبها في النزاع الموضوعي، وكانت المدعية قد قررت في منعها على ذلك البند، أنه صادر -بغير مبرر- حق الناس في ملاحقة الجناة أمام القضاء بما أضفاه من حصانة على الموظفين والمستخدمين ورجال الضبط. وهم فئة بعينها قصد أن يحطل مساواتهم قضائياً عن الجرائم التي حددها، دون أن يستند في ذلك لغير صفاتهم، متذرعاً بوقوع جرائمهم هذه أثناء تأديتهم لوظائفهم

(١) "دستورية عليا" قضائية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جملة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ ص ١٢٩٠ - ١٢٩٣ من الجزء الثامن.

(٢) تماثل المادة ١٢٣ من قانون العقوبات كل موظف عموماً استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة، أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم، أو وقف تنفيذ حكم أو قرار صادر من المحكمة. وكذلك إذا امتنع عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر.

أو بسببها؛ إلا أن معناها: ذلك لم يحظ بقبول من المحكمة الدستورية العليا التي خلص حكمها في دعواها إلى رفضها، مستندا في ذلك إلى ما يأتي.

أولاً: أن ما تنص عليه المادة ٧٠ من الدستور من أن الدعوى الجنائية لا تقام إلا بأمر من جهة قضائية فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون؛ يعني أن الادعاء المباشر ليس استصحاباً للأصل في الدعوى الجنائية؛ وإنما هو استثناء من قواعد تحريكها، تقديرأ بأن النيابة العامة -على ما تنص عليه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية- هي التي تختص دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

كذلك فإن تفويض الدستور السلطة التشريعية في تحديد الأحوال التي لا تقام الدعوى الجنائية فيها بأمر من جهة قضائية، مؤداه جواز تطبيقها لنطاق الحق في الادعاء المباشر وفوق شروط موضوعية لا ينافض تطبيقها حكماً في الدستور.

ثانياً: وازن المشرع -في نطاق الحق في الادعاء المباشر- بين أمرين، أولهما: الضرورة التي تقتضيها استعمال هذا الحق في إطار الأغراض التي شرع لها (١)؛ وثانيهما: الأضرار التي يبدى توقيعها إذا نقض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتكبتها؛ فرجح ثانيهما على أولهما، تقديرأ بأن الأضرار التي ترتبط بإساءة استعمال الحق في الادعاء المباشر، يكون دفعها أولى؛ ولا يجوز بالتالي أن تنقضها مزاياء.

ذلك أن القائم بالعمل العام -الذين حال المشرع دون أن يكلفهم المدعى بالحقوق للمنينة بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية- لا يبشرون أعمال وظائفهم بعيداً عن مصالح المواطنين الذين يلجون أبوابهم لتقضاء حوائجهم. بل يتردد موقفهم من طلباتهم بين تلبيها أو معارضتها بحق؛ مما يثير غرائز النفس البشرية ونزواتها التي كثيراً ما تجنح مع سوء ظنها إلى التجريح ناباً عن موازين الحق والعدل، فلا يكون شططها وضيقها بالقائمين على العمل العام إلا تجنياً واقتراء، يقرن -في الأعم- بالتطاول عليهم للحظ من قدرهم، ونيلاً من اعتبارهم؛ لتسهن عزائمهم فلا يثابرون على أعمالهم بالهمة الكافية، وإنما يقصرون فيها قعوداً عنها، أو يتصللون منها نكولاً عن

(١) نَحَق في الادعاء المبشر . هريق رسمه القلاول نعواجهه نطلى النيابة العامة لو نقاعصها عن رفع الدعوى الجنائية، نور مقتض وهو بذلك نوع من الرقابة على تصرفاتها.

مسئوليتها، ووجلا من محاسبتهن بسببها، مما يصرفهم عن الأداء الاكوف لها، لاسيما وان المشرع قد اخصصهم بجرائم قصرها عليهم، وغلظ عقوباتها في شأنهم حملاً لهم على القيام بواجباتهم فسى الصورة الأتقى لها.

ولا يجوز بالتالى أن ينفرط لطمئنانهم إذا كان لكل مدع بالحقوق المدنية أن يلاحقهم جنائياً عن جرائم يتهمهم بارتكابها، ولو تعثر الدليل عليها أو كان متخالفاً، مكتثراً زيفاً بردها الحق، ليفوض بذلك سكينتهم ما بقى الاتهام للجنايى مملطاً عليهم، موها عزالهم، ملقيا عليهم ظلالاً من الشبهة التى تتال من سمعتهم.

وكان على المشرع بالتالى أن يرد عنهم -بالنص المطعون فيه- غائلة عدول أكثر احتمالاً وأنى إلى الوقوع ضمناً لأن ينقيد الحق فى الادعاء المباشر، بالأغراض التى شرع من أجلها، فلا ينقلب عليها^(١).

ثالثاً: أن إسقاط الحق فى الإدعاء المباشر فى الحدود التى بينها النص المطعون فيه، لا يتوخى حماية القائم بالعمل العام، بل صون الوظيفة العامة مما يعطل أو يحد من جريان شسولها وانتظامها بما يحقق أهدافها، فلا يبرال تكلفها قيد ينالى وواجباتها.

رابعاً: أن الدعوى الجنائية لا يحركها الادعاء المباشر إلا طلباً لحقوق مدنية بطبيعتها. والأصل أن ترفعها عند إنكاره فى جرائم بذواتها، الجهة التى تختص بها أصلاً، شأن الجرائم التى يرتكبها القائمون بالعمل العام كثناء تكتية وظلقتهم أو بسببها فى ذلك شأن غيرها من الجرائم.

وهو ما يعنى أن هؤلاء ان يفتلوا من المسؤولية الجنائية عن أفعالهم التى لئها للمشرع، بل تظل محاسبتهم عنها -إذا قام الدليل عليها- حقاً للنيابة العامة فى إطار اختصاصاتها الأصلية.

(١) نقول المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨/٤/١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٠ -س ٢٦٢ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، من أن الدستور لم يخلو حق الادعاء المباشر إلا فى حالة بذاتها هى التى يقوم فيها المحكوم له بطلب التعويض المدلى عن جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائى أو تعطيل تنفيذه -هى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٧٢ من الدستور- وفيما عدا هذه الحالة، فقد فوض الدستور -نص المادة ٧٠ منه- المشرع فى تحديد الأحوال التى تقام لها الدعوى الجنائية عن غير طريق الجهة القضائية. ويندرج تحتها الحق فى الادعاء المباشر.

خامساً: أن حظر الادعاء المباشر في الجرائم المشار إليها في البند ثانياً من الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية، لم يقصد إلى (إفراد المتهمين بارتكابها بمعاملة استثنائية يطول بها على غيرهم؛ ولا أن يمنحهم ميزة يؤثرهم بها على سواهم من المتهمين).

بل تغيا هذا الحظر ضمان الأداء الاقوم للعمل العام، وأن يكون الطريق إليه غير محاط بعوائق تحول دونه، أو تدعو إلى التردد في القيام به توكفاً للمسئولية عنه. فلا ينال من حصن أدائه، متخوصون يعطلون سيره إفاً. وإذ حظر المشرع في الجرائم التي عنيها، الحق في الإدعاء المباشر على ضوء ما تقدم، فإن هذا الحظر يكون قائماً على أسس موضوعية تنظم المخاطبين به، وبما لا إخلال فيه بتساويهم أمام القانون^(١).

رابعاً

حق العامل في أجازة سنوية

٢١٢- أن ما تغياه المشرع من ضمان حق العامل في أجازة سنوية بالشروط التي حددها، هو أن يستعيد العامل من خلالها قواه المادية والمعنوية.

ولا يجوز بالتالي أن يزل العامل عنها، ولو كان هذا النزول ضمناً بالامتناع عن طلبها.

وهو ما تردد بالقرة الأخيرة من المادة ٤٣ من قانون العمل التي يدل حكمها على أن هذه الأجازة فريضة لتتضامها المشرع من كل من العامل ورب العمل، فلا يملك أيهما إهدارها، ولا أن يدعى العامل أنه بالخيار بين طلبها أو تركها؛ وإلا كان التخلي عنها إنهاكاً لقواه، وتهديداً لطاقتها مؤذناً بوهنها ثم انتثارها؛ وإضراراً بمصلحة العمل ذاتها التي يتعذر صونها مع الاستمرار فيه دون انقطاع.

وهو ما يعنى أن الحق في الأجازة السنوية يتصل بقيمة العمل وجدواه؛ وينعكس بالضرورة على كيان الجماعة، وبمس مصلحتها العليا صونها لقوتها الإنتاجية البشرية.

(١) تمسورية عليا القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية تمسورية - جلسة ١٩٩٧/١/٤ - قاعدة رقم ١٦ - ص ٢٣٥ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يعتبر طلب العامل أجرته السنوية، منشأ للحق فيها، ولا نخليه عنها مسقطا لهذا الحق. فليس للعامل خيار في أن يفقد منها أو يعرض عنها، ذلك أن نص القانون مصدر مباشر لها، ويبطل بالتالي كل اتفاق على خلافها لخروجه على قاعدة قانونية أمرية. بل إن ما يقابل الأجازة التي حصل العامل عليها، من الأجر المقرر لها، يتعين أن يكون حقا مكفولا لكل عامل، وإلا أحجم عنها.

وإذ دل المشرع بالفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، على أن العامل لا يجوز أن يتخذ من الأجازة السنوية "وعاء لاخترايا" من خلال ترحيل مددها التي تراعى في استئصالها - أيها كان مقدارها - ثم تجميعها ليحصل العامل بعد انتهاء خدمته على ما يقابلها من الأجر، وكان ضمان المشرع لمصلحة العمل ذاتها، قد اقتضاه أن يرد على العامل سوء قصده، فلم يجز أن يحصل على أجر عن هذا الرصيد، إلا عن مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر؛ وهي بعد مدة قدر المشروع أن قصرها يعتبر كاللأجازة السنوية غايتها.

إلا أن هذه المدة التي حدد المشرع أقصاها، ينبغي أن يكون سريانها مقصورا على تلك الأجازة التي قصد للعامل إلى عدم الانتفاع بها من أجل تجميعها.

فإذا كان نفوذتها منسوباً إلى رب العمل، ومنتهيا إلى الحرمان منها فيما يجاوز ثلاثة الأشهر، كان مسئولاً عنها بكاملها.

ويجوز للعامل عندئذ أن يطلبها جملة أيها كان مقدارها، إذا كان تنفيذ ذلك عينا ممكناً، وإلا يتعين أن يعرض عنها بما يعادل - على الأقل - أجره عن كامل هذا الرصيد أيها كان مقداره، ذلك أن المدة التي امتد إليها الحرمان من استعمال تلك الأجازة، سببها إجراء اتخذه رب العمل، وعليه أن يتحمل تبعته.

ولئن كان الدستور قد خول السلطة التشريعية بنص المادة ١٣، تنظيم حق العمل، إلا أنها لا يجوز أن تعطل جوهره، ولا أن تتخذ من حمايتها للعامل موطناً لإهدار حقوق يملكها، وعطى الأخص تلك التي تتصل بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها؛ ويندرج تحتها الحق في الأجازة السنوية التي لا يجوز لجهة العمل أن تحجبها عن عامل يستحقها؛ وإلا كان ذلك منها عدواناً على سلامته صحياً ونفسياً؛ وإخلالاً بأحد التزاماتها الجوهرية التي يعتبر نص القانون مصدراً مباشراً

لها، والتي لا يجوز كذلك للعامل أن يسقطها؛ واستتارا بتنظيم حق العمل للحد من مدهاء؛ وكان نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، لا يخصص للعامل بأن يضم من مدد الأجازة السنوية التي قام بتجميعها ما يزيد عن ثلاثة شهور، حماية منها للعامل حتى لا يبند قواه؛ وكان أكثر ما يهدد العامل أن تنتزع جهة العمل بواجبها في تنظيمه لتحويل دون حصول العامل على أجازة يستحقها؛ فإن حرمانها العامل منها -وفيما يجاوز الأشهر الثلاثة التي حددتها الفقرة المطعون عليها- يعتبر تعويضا لحق العامل فيما يقابلها من تعويض يتحدد مدهاء بقدر الأضرار التي رتبها هذا الحرمان -المادية منها والمعنوية- وبمراعاة أن الحق في هذا التعويض من الحقوق الشخصية التي تكفلها المادتان ٣٢ و ٣٤ من الدستور للثان جرى قضاء هذه المحكمة على اتساعها للأموال بوجه عام، وانصرفها بالتالي إلى الحقوق الشخصية والعينية جميعها، وكذلك إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

خامسا

حق الجمع بين الأجر والمعاش^(١)

٢١٣ - تؤسس المحكمة الدستورية العليا هذه القاعدة على دعامتين:

أولاهما: أن العمل، ليس ثرفا ولا يمنح تفضلا، وما نص عليه الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٣ من اعتبار العمل حقا، مؤداه ألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضا لفحواه، وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا، والطريق إليه محددا وفق شروط موضوعية مناطها ما يكون لازما لإنجازه.

وقد شرط الدستور -بالفقرة الثانية من المادة ١٣- لتقضاء الأجر العادل حتى في الأحوال التي يفرض العمل فيها جبرا على العامل؛ وكان الإسهام في الحياة العامة قد غدا واجبا وطنيا وفقا لنص المادة ٦٢ من الدستور؛ وكان على الجماعة كذلك -وعلا بنص المادة ١٢ من الدستور- أن تعمل على التمكين لقيمتها الأخلاقية والوطنية وفق مستوياتها الرفيعة؛ فإن الوفاء بالأجر عن عمل

(١) القضية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٦/٧- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قساعة رقم ١٥ ص ١٠٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

تم أدائه في نطاق رابطة عتبية أو علاقة تنظيمية لربط طرفاها بها، وحدد الأجر من خلالها، يكون بالضرورة أولى بعملية الدستور وأجدر.

ثانيهما: أن الدستور وإن كفل للمشرع -نص المادة ١٢٢- الاختصاص بنقيص القواعد القانونية التي توفر للمواطنين احتياجاتهم الضرورية التي يتحررون بها من العوز، وينهضون معها بمسئوليتهم قبل أسرهم، بما في ذلك قواعد تحديد مرتباتهم ومعاشاتهم وتعويضاتهم وإعاناتهم ومكافأاتهم، مع بيان أحوال الاستثناء منها، والجهات التي تتولى تطبيقها؛ إلا أن التنظيم التشريعي للحقوق التي كفلها المشرع في هذا النطاق، يكون مجاليا أحكام الدستور، إذا تناول هذه الحقوق بما يهدرها، بما في ذلك الحق في معاشاتهم التي توافر أصل استحقاقها. ذلك أن حرمانهم منها ينافي تقيد الجهة التي تقررت عليها بها.

وهو ما تؤكد قوانين التأمين الاجتماعي على تعاقبها. إذ يبين منها أن المعاش الذي تتوافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقا للنظم المعمول بها، يعتبر التزاما ترتب بنص القانون في لمة الجهة المدنية.

وإذا كان الدستور قد خطا بملأه السابعة عشرة خطوة أهدى اتجاه دعم التأمين الاجتماعي، حين ناط بالدولة أن تكفل لمواطنيها خدماتهم التأمينية -الاجتماعية منها والصحية- بما في ذلك تقرير معاش لمولجهم بطللتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم في الحدود التي يبينها القانون؛ فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعي -التي يمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها- هي التي تكفل معاملتهم -وكحد أدنى- بصورة إنسانية لا تمتن فيها آميتهم وبما يوفر كذلك لحريتهم الشخصية مناخها الملائم، ويصلهم بالحق في الحياة من خلال تكفي روالدها.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون حق المتقاعدين في معاشاتهم التي قلم الدليل على استحقاقهم لها، نافيا لحقهم في الأجر عن أعمال جديدة دخلوا فيها بعد تقاعدهم، ذلك أن اجتماع هذين الحقين ليس فقط متصورا، بل هو كذلك ضرورة قانونية بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا.

فبينما نص القانون مصدرا مباشرا الحق في المعاش؛ فإن الحق في الأجر يرتد في مصدره المباشر إلى ذات رابطة العمل الجديدة.

كذلك يقوم الحق في المعاش وفقاً للقواعد التي تقرر بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها، عن مدد خدمة أمضاها أصحابها في الجهة التي كانوا يعملون بها، وأدوا عليها حصصهم في التأمين الاجتماعي.

ولا كذلك الأجور التي يستحقونها من الجهة الجديدة التي تعاقدوا معها على العمل بها. ذلك أن هذه الأجور تقابل جهدهم المشروع فيها، وهي كذلك باعثهم إلى التعاقد معها. فلا يكون أداء العمل بها غير مصدر للحق في اقتضاء هذه الأجور.

ولا يجوز القول كذلك بأن المشرع عامل الأجر باعتباره بديلاً عن المعاش. ذلك أن الالتزام لا يكون بديلاً إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مديناً واحداً تقرر البديل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي.

ولا كذلك اجتماع المعاش والأجر؛ ذلك أن الالتزام بهما لا ينشأ في ذمة مدين واحد. ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما.

فضلاً عن اختلافهما مصدراً؛ ومن ثم ينط الحوان على أيهما إخلالاً بالملكية الخاصة التي كفل الدستور أصل الحق فيها.

سابعاً

مرافقة أحد الزوجين للآخر^(١)

٢١٤- كان نص المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات، يقضى بما يأتي:

"مع مراعاة حسن سير العمل في القسم وفي الكلية أو المعهد، يجوز للترخيص لمعضو هيئة التدريس في إجازة خاصة بدون مرتب، لمرافقة الزوج المرخص له في السفر إلى الخارج لمدة سنة على الأقل. ويكون للترخيص بقرار من رئيس الجامعة بناء على طلب عميد الكلية أو المعهد بعد أخذ رأي مجلس القسم المختص".

(١) "دستورية عليا" - للقتضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وقد طلب أستاذ بجامعة المنوفية، الترخيص له بالسفر لمرافقة زوجته المتعاقدة بالسعودية، إلا أن رئيس هذه الجامعة، رفض منحه هذا الترخيص بناء على السلطة التقديرية التي يملكها وفقا لنص المادة ٨٩ المشار إليها.

دفع للزوج بعدم دستوريته أمام قاضى الموضوع، ثم أقام دعواه الدستورية بعد تقدير جدية دفعه فى النزاع الموضوعى.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية المادة ٨٩ المشار إليها تاسيما من جهتها على دعامتين:

أولاهما: أن الزوجين -ومن خلال الأسرة التي كونها- يمثلان فى وحدة يرتضيانها، تكاملا بها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليعمل نبتها مترابلا على طريق نمائها، وعبر امتداد زمنها، مؤكدا حق الشريكين فيها، فى أن يتخذا من خلالها أدق قراراتها وأوقتها اتصالا بمصائرهما، بما يصون لحياتهما للشخصية أعق أغوارها، لتظهر الحياة الملائية لى صورها الأكثر تلقا وترلحا.

وتعين بالتالى ألا يفصل الحق فى تكوين أسرة، عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما يكفل وحدتها، ولا يؤثر سلبا فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التي تكسرها، والتي لا زال الدين يشكلها فى الأعم من مظاهرها، وعلى الأخص فى مجال اختيار أنماط الحياة التي يقبلها أفراد كل أسرة، ويرتضونها طريقا لتوجهاتهم بما يصون أعراضهم وعقولهم وأبدانهم وعقيدتهم مما يخال منها أو يقوضها.

ثانيتهما: أن البند الأول من المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين فى الدولة، جرد الجهة الإدارية من سلطاتها التقديرية فى شأن منح الأجازة الخاصة التي يطلبها الزوج أو الزوجة إذا سافر أحدهما إلى الخارج للعمل أو للدراسة مدة ستة أشهر على الأقل، عني ألا تجاوز هذه الأجازة مدة بقاء الزوج فى الخارج، سواء كان الزوج المسافر من العاملين فى الحكومة أو لى القطاع العام أو الخاص.

وفيما عدا هذه الحالة التي يتعين فيها على الجهة الإدارية أن تستجيب لطلب الزوج أو الزوجة، فإن منح العامل أجازة خاصة للأشغال التي يبينها وعلى ما ينص عليه البند الثانى من

المادة ٦٩ من قانون العاملين المننيين في الدولة- يكون راجعا لتقدير جهة العمل. بما مؤداه أن هذا القانون وازن بوضوح بين مصلحة العامل المتزوج في صون أسرته وبين حسن سير العمل. فلم يجز البند الأول من المادة ٦٩ من ذلك القانون تمزيق أوصال الأسرة أو تشتيتها وبعثرة جهودها وتنازع أفرادها، وعلى الأخص من خلال تفرق أبنائها بين أبوين لا يتولجان معا، بما يريدت سلبا على صحتهم النفسية والعقلية والجسدية، ويقلص الفرص الملائمة لتطعيمهم، وإعدادهم لحياة لائقة.

بيد أن نص المادة ٨٩ من قانون تنظيم الجامعات -المطعون فيه-، خول الجهة الإدارية التي يتبعها عضو هيئة التدريس، سلطة تقديرية تترخص معها في منح الإجازة الخاصة التي يطلبها هذا العضو لمرافقة زوجها أو زوجته التي أذن لأيهما بالسفر إلى الخارج؛ وكانت الأسرة التي حرص الدستور على صون وحدتها، وأقامها على الدين والخلق والوطنية، هي الأسرة المصرية بأعرافها وتقاليدها وتضامنها وتراحمها واتصال روابطها؛ فإن الحماية التي كفلها الدستور لها، لا تتحدد بالنظر إلى موقعها من البنيان الاجتماعي، ولا بطبيعة عمل أحد الأبوين أو كليهما، ولا بواقعة خضوعهما أو أحدهما لتنظيم وظيفي خاص أو عام.

بل يتعين أن يكون مفهوم الأسرة ومتطلباتها، ناتيا بها عما يقوض بنيتها، أو يؤول إلى انحرافها، وإلا كان ذلك إخلالا بوحدتها التي ينافيها انفصال أحد الزوجين عن الآخر على نحو يكون فارقا لبنيان الأسرة، ناتيا تلاحمها، مقيما شريعتهما على غير الحق والعدل. وهو ما يتحقق بإعمال الجهة الإدارية التي يتبعها عضو هيئة التدريس لسلطانها التقديرية المخولة لها بمقتضى نص المادة ٨٩ للمشار إليها.

المبحث السادس

اتصال الرقابة القضائية على الدستورية

بتطبيق قواعد القانون الدولي العام

٢١٥- وتخلق المحكمة للدستورية العليا فوق أسوار قواعد القانون الدولي العام بقصد تحديد ضوابطها، سواء في ذلك ما تعلق منها بالمعاهدات الدولية -وهي قواعد اتفاقية ارضتها الدول أطرافها- أو ما تعلق من أحكام هذه القانون بأعمالها التي تولت عليها العمل فيما بينها، وعلى الأخص تلك التي لا يجوز تعديلها Jus Cogens.

وتزداد أهمية قواعد القانون الدولي العام، في أنها لم تعد في صورها الأكثر شمولاً -تقتصر على مجرد تنظيم لروابط ثنائية بين عدد محدود من الدول، ولكنها اليوم تقتحم في عديد من تطبيقاتها مسائل تنسم بطبيعتها الشاملة، وبحايطتها بمصالح عريضة تتوافق عليها الدول في مجموعها، ويتصدىقا على معاهدة دولية تشرع لها أو انضمامها إليها.

كذلك فإن التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، لا يتخذ دائما شكل معاهدة دولية، وإنما يصدر في الأعم في شكل إعلان أو ميثاق نقره الجمعية العامة للأمم المتحدة. فلا يكون ملزماً كالمعاهدة الدولية، وإن كان البعض ينظرون إلى القبول العام للقواعد التي يتضمنها الإعلان أو الميثاق باعتباره انضماماً إليها في مجال العمل بها وإفادها، بما يرقى بها في النهاية إلى مرتبة للقواعد العرفية التي تركز في مصدرها المباشر على القبول العام بها من خلال أطراف تطبيقها، والاتصاف بالآثار القانونية التي تتركها.

ولا تزال دائرة التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، بعيدة في مداها، بالنظر إلى لتساعها وعنايتها بحقوق طال إهمالها أو العدول عليها. ويندرج تحتها القواعد التي تضمنها التنظيم الدولي في شأن سيطرة الدول النامية على مواردها الطبيعية، ومكافحة أشكال التمييز على اختلافها، وعلى الأخص كلما كان مرجعها تمييزاً ضد المرأة أو بناء على العنصر؛ أو في مجال التعليم والاستخدام؛ أو على ضوء ما يتصل بالمعوقين من عوار خلقى أو غير خلقى ينال من قدراتهم البدنية أو العقلية، ويجعلهم عاجزين على أن يؤمنوا بأنفسهم ما يكون ضرورياً لحياتهم.

وبخطو التنظيم الدولي خطوة تقدمية في مجال مقاومة الجرائم ضد الإنسانية بما في ذلك جرائم الإبادة الجماعية والرق والعبودية والسخرة، وحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير.

وينظر التنظيم الدولي كذلك إلى الحل باعتباره قيمة عليا لا يجوز التفريط فيها، ومن ثم كان حرصه على ضمان استقلال السلطة القضائية من كل إغواء أو تهديد أو تحريض مباشر أو غير مباشر، وعلى تقرير قواعد نموذجية تكفل في حدها الأدنى معاملة ملائمة للسجناء، مع حماية الأشخاص جميعهم من صور تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة لحملهم على الإدلاء بأقوال لا يرغبون فيها، أو الشهادة على أنفسهم بما لا يطيقون..

ويكاد التنظيم الدولي أن يحيط بحقوق الفرد وحرياته بصورة شاملة تسعها في كل أشكالها، وبما يوفر تدابير فردية وجماعية لضمانها، وعلى الأخص في مجال الحرية النقابية وسياسة العمالة والزواج والأسرة، وحقوق الطفل، وعلى صعيد استئصال الجوع وسوء التغذية، وتوكيد الحق في التنمية، وتعميق أدواتها، خاصة ما يتعلق منها بالتقدم العلمي والتكنولوجي لخير البشرية. وقد يبدو غريباً أن تكون حقوق الفرد وحرياته التي يتضمنها التنظيم الدولي، هي ذاتها -على الأقل في حدها الأدنى- المنصوص عليها في الدساتير الوطنية.

ولكن هذه الغرابة ينبغي أن حقوق الناس وحرياتهم الجوهرية لا ترتبط بوجودهم في رقعة إقليمية بذاتها، ولا بأجناسهم، ولا بقرن ثرائهم أو حقيقة مجتمعاتهم. ذلك أنها تتصل بأدميتهم، ومردّها إلى خصائصهم التي ينفردون بها بوصفهم بشراً خلق حراً طليقاً، ضارباً في الأرض دون قيود أو فواصل إقليمية.

على أن التنظيم الدولي، وإن أحاط بحقوق الفرد وحرياته، إلا أن دائرته هذا التنظيم لا تطابق مكوناتها مع الدائرة الوطنية التي نقابلها، والتي تقع الدساتير الوطنية في نطاقها. فالتأثير المتبادل بين الدائرة الوطنية والدائرة الدولية حقيقة لا نزاع فيها، وإن صح القول بأن الحماية التي تكفلها الدساتير الوطنية لحقوق الفرد وحرياته، لا تزال أقل في أشكالها وفعاليتها من تلك التي قننتها المواثيق والمعاهد الدولية.

المطلب الأول

المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام

٢١٦- لا تزال المعاهدات الدولية هي الصورة النموذجية والشائعة لتنظيم الدول فيما بينها لقطاع من علاقاتها الدولية. وقد واجهتها المحكمة الدستورية العليا من زاوية ماهيتها وضوابط تفسيرها وقوتها، والرقابة على دستوريته، ووحدة أحكامها وجواز تجزئتها، وإمكان التحفظ على بعض نصوصها، والأثار القانونية المترتبة على التوصل من تنفيذها، وصلتها بحرية التعبير وبالأعمال السياسية، مما جعل لقواعد القانون الدولي العام قيمة جوهرية في مجال تطوير الرقابة على الشرعية الدستورية من خلال ربطها بأفاق هذا القانون في تطبيقاته وأغراضه.

فلا يكون هذا القانون إلا عصارا حيا في قضاء المحكمة الدستورية العليا، وعلى الأخص من جهة تنوع مجالاته وتطور قواعده، وملاحقتها لكل جديد في العلوم والفنون التي ترتبط بنطاق سريانها وبالمسائل التي ينظمها. وكذلك صلة هذا القانون بحقوق الفرد وحرياته.

الفرع الأول

المعاهدة الدولية: مفهومها

٢١٧- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، ينظر إلى عبارة المعاهدة الدولية بوصفها مصطلحا عاما Generic Term منصرفا إلى كل أشكال الاتفاق فيما بين دولتين أو أكثر، إذا كان مكتوبا، سواء في وثيقة واحدة أو في وثائق متعددة. وهي تتناول فسي موضوعها تنظيميا لمسائل بذواتها يقع الاتفاق عليها أيا كان نطاقها. ومن ثم يندرج تحتها ما يتصل بمفهومها من صور هذا الاتفاق على اختلافها، عهدا كان أم ميثاقا أم إعلانا أم بروتوكولا أو نظاما أو تبادلا لخطابين^(١).

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - مساعدة رقم ٢٩ - ص ٥١٠ - ٥١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

الفرع الثاني

المعاهدة الدولية: قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها

٢١٨-وعلا بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفاً فيها، تلزم المعاهدة الدولية للدول أطرافها، كل في نطاق حدوده الإقليمية.

كذلك ينبغي أن تفسر أحكامها في إطار من حسن النية، ووفقاً للمعنى المعتاد لعبارتها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة وأغراضها.

وكما توخت المعاهدة الدولية، إجراء تسوية شاملة في شأن الحقوق التي حددتها الدولتان المتعاقدتان حتى لا يثار النزاع من جديد حولها؛ كما تفاهما على تسوية شاملة للأضرار الناجمة عن التأميم والحراسة والإصلاح الزراعي، فإن هذه التسوية تحيط بهذه الأضرار جميعها. ولا يجسوز بالتالي تطبيق بعض جوانبها دون أجزائها الأخرى. إذ ليس ذلك غير تبعض لأحكامها يناقض تكاملها فيما بينها، ويعطل فاعلية المعاهدة، وينقض أسسها.

بل إن القول بجواز تجزئة أحكامها في هذه الصورة، إنما ينحل إلى تعديل لها لا تملكه غير الدولتين المتعاقدين، ويتراضيهما معا^(١).

ومن المقرر كذلك وفقاً لقواعد القانون الدولي العام أن لكل دولة في علاقتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها ومن خلال المعاهدة الدولية التي تكون هي طرفاً فيها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها، سواء كان ذلك في إطار حق الملكية أو في مجال الحقوق الشخصية؛ وإن كانت الحقوق التي رتبها المعاهدة الدولية وكذلك التزاماتها، لا تسرى إلا على الدول أطرافها في العلاقة فيما بينها، ولا يعتبر التنظيم الولد بها سائياً كان مضمونه- منصرفاً إلى مواطنيها^(٢).

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ قاعدة ١٣ - ص ١٥٠ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "مستورية" - جلسة ٦/٢/١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٣ - ص ١٧٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

الفرع الثالث

المعاهدة الدولية: مرتبتها

٢١٩- تنص المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية بأن كل معاهدة دولية يتم إبرامها ونشرها والتصديق عليها وفق الأوضاع المقررة، تكون لها قوة القانون.

بينما تصرح المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، بأن الاتفاقية أو المعاهدة الدولية المصادق عليها، أو التي يتم إقرارها وفق الأوضاع المقررة، تكون لها، منذ نشرها، قوة أعلى من القانون Une autorité supérieure à celle des lois مع الاحتفاظ بشرط تطبيقها من قبل الدول الأخرى المعتمدة أطرافاً بها.

Sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie

كذلك تنص المادة ٥٤ من الدستور الفرنسي المذكور، على أنه إذا قرر المجلس الدستوري أن تعهداً دولياً يتضمن بنداً أو شرطاً مخالفاً للدستور، فإن الترخيص بالتصديق على هذا التعهد أو بإقراره، لا يجوز أن يصدر قبل تحيل الدستور^(١).

L'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la constitution.

الفرع الرابع

المعاهدة الدولية: الرقابة على دستورتها

٢٢٠- وتباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على كل معاهدة دولية تكون مصر طرفاً فيها من جهتين:

أولاهما؛ من حيث استيفائها للأوضاع الشكلية التي تتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها. فضلاً عن ضرورة موافقة السلطة التشريعية على كل معاهدة تتعلق بالتجارة والملاحة؛ أو يكون

(١) يلاحظ أن المجلس الدستوري لا يتصدى من تلقاء نفسه للفصل في دستورية المعاهدات الدولية، بل يتعين أن يقدم إليه طعن بشأنها من الأشخاص الذين حددهم الدستور الفرنسي حصراً وهم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس كل من مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- وستون نقاباً أو ستون شيخاً على الأقل.

موضوعها صلحا أو تحالفاً؛ أو متضمناً تعديل الحدود الإقليمية للدولة، وكذلك تلك التي تتعلق بحقوق الميادة التي تملكها؛ أو التي تحمل خيانة الدولة بنفقة غير واردة في الميزانية^(١).

ثانيتهما: من حيث اتفاق مضمونها مع الدستور. ذلك أن قوة المعاهدة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من دستور مصر، لا تزيد على قوة القانون، فلا تلوه. وهي تحوز هذه القوة بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. ولا يتصور بالتالي إعفاؤها من الرقابة القضائية على الشرعية للدستورية التي تتناول أصلاً كل قانون بمعنى الكلمة؛ ولو صدر عن السلطة التشريعية التي تعبر عن إرادة مواطنيها في مجموعهم بحكم صفتها التمثيلية. ومن ثم يكون القانون بمعناه الحرفي، والمعاهدة الدولية المشبهة به في الحكم، سواء في مجال الخضوع للشرعية الدستورية.

الفرع الخامس

المعاهدة الدولية: التحفظ عليها، والإسحاب منها

٢٢١ - الأصل في كل معاهدة دولية، هو جواز التحفظ على حكم وارد بها، بقصد استبعاد تطبيقه، أو تعديل مضمونه في مجال سريانه على الدولة التي صدر التحفظ عنها، ودون إخلال بتقيدها ببالي أحكامها غير المتحفظ عليها. ولا كذلك انسحابها من معاهدة دولية ترتبط بها ذلك أن هذا الإجراء لا يعتبر موقفاً لمريائياً في مواجهتها، ولا هو تعديل لأحد نصوصها، بل إنهاء لوجود المعاهدة ذاتها بحكم تخليها عنها. فلا يحتج عليها بعد ذلك بأحكامها، ما لم تكن التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، مقررّة كذلك بمقتضى قاعدة من قواعد القانون الدولي العام التي لا تجوز مخالفتها *Peremptory Norms of General International Law*، كذلك المتعلقة بعدم جواز اللجوء إلى القوة في رولبط الدول ببعضها؛ وحظر ارتكابها لجرائم الإبادة الجماعية، أو تعاملها في الأشخاص من خلال استرقاقهم أو دفعهم إلى البغاء أو الفجور، أو غير ذلك من الجرائم الدولية. إذ تظل الدولة المنسحبة، مقيدة بمثل هذه القواعد - لا لأنها مقررّة في المعاهدة الدولية التي كلفتها - وإنما لأن قواعد القانون الدولي العام التي لا تجوز مخالفتها ولا تعديلها باتفاق لاحق *Jus Cogens*، هي التي تحل محل القواعد التي تقابلها في المعاهدة الدولية بحكم اتساع مجال

(١) هذه المعاهدات مبنية حصراً بالفترة الثمانية من المادة ١٥١ من الدستور.

تطبيقها ليشمل الدول جميعها التي تنقيد بها وتنزل عليها، ولو لم ينص عليها في أية معاهدة دولية دخلت فيها^(١).

الفرع السادس

للمعاهدة الدولية: صلتها بالأعمال السياسية

٢٢٢ - لا تعتبر المعاهدة من الأعمال السياسية بناء على مجرد تنظيمها للعلاقات الخارجية. وهو ما أكتنه المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن نظرية الأعمال السياسية وإن كانت تجد أكثر تطبيقاتها -لا في الميدان الداخلي- بل على صعيد رويط الدولة الخارجية، ومن منظور اتفاقاتها الدولية التي تصون بها سيادتها ومصالحها العليا إلا أن كل معاهدة دولية لا تعتبر بالضرورة من الأعمال السياسية. ولا تندرج تحتها كذلك -وبصفة تلقائية- كل اتفاقية يجب موافقة السلطة التشريعية عليها وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور^(٢).

ذلك أن الأعمال السياسية لا تعد كذلك في صحيح تكليفها، بالنظر إلى أوصافها التي يخلعها المشرع عليها. وإنما على ضوء خصائصها، وبمراعاة أن تأييدها على الرقابة القضائية، مرده أن تأييدها يرتبط بضوابط دقيقة ويموزن تقدير، وعوامل ترجيح تعود مكوناتها إلى حقائق لا يتاح أو يتعذر عرضها على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا شأن للأعمال السياسية بالتالي بالقواعد الإجرائية التي تحيط بالمعاهدة، والمتصلة بإبرامها أو التصديق عليها أو نشرها وفقا للأوضاع المقررة^(٣).

(١) 'دستورية عليا' -التقضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ -قاعدة رقم ٢٩ -من ٥١٠ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور على وجوب موافقة السلطة التشريعية على معاهدات المصلح والتحالف والملاحة والتجارة، وكذلك جميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة، أو التي تعمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في الميزانية. أما غير هذه القائمة من المعاهدات، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور تقضي بأن يبلغها رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب مشفوعة بما ينسبها من البيان.

(٣) 'دستورية عليا' -التقضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٠ -من ٤٢٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

وتحديد الأعمال السياسية بالنظر إلى خصائصها وحقيقتها، هو ما دعا المحكمة الدستورية العليا إلى أن تدرج ضمن أعمال السيادة التي لا تشملها رقابتها، اتفاقية الدفاع المتبادل فيما بين الدول العربية أطرافها، بالنظر إلى إحدائها لقيادة عربية موحدة لقواتها الحربية، وتنظيمها لتحركاتها فيما بين هذه الدول، وإجازتها لانتقالها بين أقاليمها، مع إعفائها في مسائل بذواتها حدثتها هذه الاتفاقية حصراً، من الولاية القضائية للدولة التي تتواجد فيها^(١).

الفرع السابع

المعاهدة الدولية: تنفيذها

٢٢٣- وتمتع المحكمة الدستورية العليا بأهمية خاصة لتنفيذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، إلى حد تخويلها رئيس الجمهورية حق إصدار قرار بقانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، كلما كان تدخله على هذا النحو، لازماً لضمان إيفاء مصر بالتزاماتها الناشئة عن معاهداتها الدولية^(٢) والتي يدرج تحتها مسؤوليتها عن اتخاذ التدابير التي ألزمتها بها الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار في الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة في ١٩٥٠/٣/٢١.

ذلك أن انضمامها إلى هذه الاتفاقية، جعلها طرفاً فيها، وألزمها بتقرير النصوص القانونية التي يقتضيها إنهاء الدعارة بكل صورها، وضمان تأهيل ضحاياها، وإصلاحهم اجتماعياً للقضاء على شر الاتجار في الأشخاص لمصلحة آخرين يرمون إلى إشباع شهواتهم، بما يعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعة.

ولمواجهة هذه المخاطر والعمل على دفعها، أصدر رئيس الجمهورية قراراً بقانون عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، متوخياً بأحكامه، فرض العقوبة الملائمة على الصور المختلفة

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

وبلاحظ أن المحكمة تشير في هذا الحكم إلى نظرية أعمال السيادة التي تنطبق أصلاً في المجال الإداري. ولكنها عدلت فيما بعد عن هذه التسمية، وبللتها بنظرية الأعمال السياسية التي يبتدعها القضاء الدستوري.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ٩ - ص ٤٢ من المجلد الأول من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة.

للدعارة، سواء في ذلك ما يتعلق بالتحريض عليها أو المساعدة فيها، أو استغلالها أو احتراقها، أو بغير ذلك من أشكالها كتمويلها أو تأجير بناء أو مكان أو جزء من أيهما لتسهيلها^(١).

الفرع الثامن

المعاهدة الدولية: وحدتها وتجزئتها

٢٢٤- ينبغي النظر إلى المعاهدة الدولية باعتبار أن أحكامها تتكامل فيما بينها، وتتضمنها وحدة عضوية تجمعها، وأن التوافق على تنفيذ نصوصها في مجموعها، كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول في اعتبارها عند إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا تجوز تجزئتها بالتالي، بل تعامل المعاهدة في تمام أحكامها، بوصفها كلاً غير منقسم.

ولئن كان ما تقدم هو الأصل في كل معاهدة دولية، إلا أن قيوداً هامة يرد على هذا الأصل. ذلك أن المعاهدة الدولية في أشكالها المتطورة لا تواجه مسائل متداخلة. فيما بينها، وإنما تنفرد المسائل التي تنظمها فيما بينها وتستقل موضوعاتها عن بعضها البعض، فلا ينظر إلى مسائلها المنفردة بوصفها صفقة واحدة إما أن تقبل بكل أجزائها أو ترفض بكاملها، وإنما تنقسم هذه المسائل إلى عناصر شتى يكون موضوع كل منها مختلفاً عن غيره، فلا تدخل هذه العناصر أو تتحد فيما بينها، وإنما يكون لكل منها كيان خاص به بحيث يتصور إمكان فصله عن غيره.

فالاتفاقية الأم المتحدة لقانون البحار، تتضمن مسائل منفردة يندرج تحتها تنظيمها للبحار الإقليمية، والمناطق المتاخمة، والمناطق الاقتصادية، ولحقوق الدول على جرفها القاري، ولأوضاع الدول المحصورة، والمتضررة جغرافياً.

وتكرر الاتفاقية لكل من هذه المسائل، للنصوص القانونية التي تخصها وتحكمها، مستقلة عن غيرها، بما يتيح فصل أجزائها عن بعضها البعض، لولا إصرار الدول أطرافها على النظر إلى هذه الاتفاقية في مجموع أحكامها بوصفها صفقة متكاملة لا يجوز تجزئة عناصرها.

(١) "مستورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية - مستورية - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١ -

ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يكن ثمة اتفاق بين الدول المعتبرة أطرافاً في معاهدة دولية على معاملتها كصفحة متكاملة، فإن جواز تجزئتها لحكامها يعود إلى إرادة هذه الدول. وهى إرادة لا يجوز انتزاعها، ولكنها تستبطن من مجموع العوامل التى أولتها تلك الدول اعتبارها عند إقرارها للمعاهدة.

بما مؤداه أن القاعدة الأولية التى تحكم المعاهدة الدولية، هى وحدة نصوصها، وامتناع تجزئتها على ما تقضى به المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من أن معنى إحدى الدول -وبناء على سند تدعيه- لنقض معاهدة دولية تكون طرفاً فيها أو للإسقاط منها أو لتطبيق تنفيذها لا يجوز إلا بالنسبة إلى المعاهدة فى مجموع أحكامها، ما لم يكن هذا السند منصرفاً إلى نصوص بذواتها تضمنتها المعاهدة، إذ يقتصر ذلك السند عندئذ على هذه النصوص كلما كان ممكناً -فى مجال تطبيقها- فصلها عن بقية أجزاء المعاهدة، وبمراعاة أمرين:

أولهما: ألا تكون إرادة الدول الملزمة بالمعاهدة، منصرفة إلى القبول بها فى مجموع أحكامها كشرط لتطبيقها بها.

ثانيهما: إذا كان فصل بعض نصوص المعاهدة عن باقيها لا يناقض إرادة الدول أطرافها، نعين ألا يكون إجراء هذا الفصل مجالياً للحدالة^(١).

الفرع التاسع

المعاهدة الدولية: حرية التعبير

٢٢٥- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا كذلك أن المعاهدة الدولية التى يتم إبرامها والتصديق عليها واستيفاء القواعد الإجرائية المقررة لنفاذها، لها قوتها الملزمة لأطرافها، وأن على الدولة المتعاقدة احترام تعهداتها التى أنشأتها المعاهدة ما ظل سريلاً قائماً، إلا أن ذلك لا يضى على المعاهدة حصانة تحول بين المواطنين ومناقشتها وتداولها وإبداء رأيهم فيها سواء بقبولها أو برفضها. ذلك أن حرية التعبير هى حرية عامة كفلتها المادة ٤٧ من الدستور، ولكل مواطن أن يمارسها فى إطار ضوابطها. وهى بعد حرية تدعّمها المادة ٦٢ من الدستور التى تقضى بأن إسهام المواطن فى مباشرة حقوقه وحياته العامة، يعتبر واجباً وطنياً. ولا يجوز

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٣ - ص ١٨٨ و ١٨٩ من المجلد الثالث من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

بالتالى أن يكون استعمال المواطن حرية عامة كفلها الدستور هي حرته في التعبير عن رأيه، سببا لحرمانه من حق أو حرية عامة أخرى قررها الدستور كالحق في تكوين أحزاب سياسية أو الانضمام إليها، بل تكامل حقوقه وحرياته هذه فيما بينها^(١).

فإذا علق المشرع تأسيس الأحزاب السياسية أو استمرارها على عدم قيام أحد مؤسسيها أو قيادتها بانتقاد معاهدة السلام بين مصر و إسرائيل، أو الحض على أعمال تتعارض معها، أو الترويج بطريق من طرق العلانية لاتجاه ينقضها؛ كان ذلك مؤداه إنكار حرية الناقدين لها في التعبير عن آرائهم؛ وحرمانهم كذلك بصفة مطلقة ومؤبدة من حق تكوين أحزابهم السياسية، بما يؤول إلى مصادرة هذا الحق وإهداره، ويشكل بالتالى مخالفة للمادتين ٧٥، من الدستور^(٢).

المطلب الثاني

حقوق غير المواطنين في حدها الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولي العام

٢٢٦- من المقرر أن للدول -على صعيد علاقاتها الدولية- حقوقا أساسية تتمثل في ضمان استقلالها، ومباشرتها لولايتها فوق إقليمها، ودفاعها الشرعي ضد العدوان عليها، وتكافؤها قانونا مع غيرها من الدول. بيد أن حقوقها هذه تقابلها وتوازنها واجباتها التي تمتعها من التدخل في الشؤون الداخلية لغيرها من الدول؛ وتحول بينها وإثارة للقلق ضدها؛ وتقيدها كذلك بصون حقوق الإنسان وتنفيذ التزاماتها الدولية بحسن نية، وبمراعاة أن تكون الوسائل السلمية وحدها، طريقا لفض نزاعاتها.

وتكل النظرة المتعمقة لحقوق الدول وواجباتها الأساسية، على قبولها فيما بينها بطور قواعد القانون الدولي وسيادتها، وأن صلاتها الودية وفقا لميثاق الأمم المتحدة تقتضيها أن تتعاون مع بعضها البعض لضمان تقدمها، ولبناء أسس سليمة لحسن الجوار تهيأ بها فرص تعايشها وتداخل مصالحها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -قاعدة رقم ١٦ ص

١٠٤، ١٠٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

(٢) القضية رقم ١٣١ لسنة ٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ مايو ١٩٨٨ ص ١١٠ - ١١٣ من الجزء الرابع من

مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

على أن استقلال الدول عن بعضها، وتكافؤها في السيادة، وإن خول كلا منهما، أن تنظم شروط دخول غير مواطنيها إليها، وأن تقرر كذلك قواعد ممارستها لنشاطهم فيها على ضوء مصالحها القومية التي تملأها توجهاتها الاقتصادية وسياساتها الخارجية، إلا أن سلطتها هذه لا يجوز القول بإطلاقتها، وإنما تنقيدها للقواعد الآمرة التي ارتضتها أسرة الدول مسلوكة لأعضائها ببلور أعرافها التي استقر العمل عليها فيما بينها.

بما مؤداه أن القواعد التي تنظم بها الدول شئون غير مواطنيها الذين يعبرونها أو يستقرون فيها، وإن لم تكن هي ذاتها التي تشبههم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التي لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتي لا تستقيم حياتهم بدونها The international minimum standard، فلا تقاس تصرفاتها قبلهم (إلا على ضوئها).

وكما كان العمل الصادر عن الدولة متضمنا اغتيا لا للحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديدا لأثارها، أو كان دالا على سوء نيتها، أو إخلالها قصدا بواجباتها، أو منحرا -بروجه عام- بمعاملتهم إلى مآدون مستوياتها الدولية التي لا يجوز التغلّي عنها، كان إبطال هذا العمل -من خلال الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية- لازما. ٢

وما يقول به البعض من إهمال إحدى الدول للمعايير الدولية التي يجب أن تكفلها لغير المواطنين المقيمين بإقليمها، قد يتخذ ذريعة للتدخل في شئونها، مردود أولا: بأن الحقوق التي تكفلها هذه المعايير لهؤلاء، تتصل بحقوقهم في الحياة، وضد التمييز غير المبرر، وبحرمة حياتهم الخاصة، وصون شرفهم وسمعتهم، وكذلك بحرية العقيدة، ويضمن حريتهم الشخصية من خلال تكامل مقوماتها.

وهي بعد حقوق تنظمها تلك القيم التي تنقسمها الجماعة الإنسانية، والتي لا يمكن إرجاعها إلى عصر معين، ولا إلى زمن محدد، ولا القول بأنها نتاج ثقافة بذاتها، ولكنها تنظر إلى الإنسان -وطنيا كان أم أجنبيا- بوصفه بشرا سويا.

ومردود ثانيا: بأن الضوابط التي تطبقها هذه المحكمة في مجال الشرعية الدستورية، لا شأن لها بإلحام إحدى الدول نفسها في الشئون الداخلية لغيرها؛ وإن أثار ذلك مسئوليتها وفقا لميثاق الأمم المتحدة.

ومردود ثالثاً: بأن المعايير الدولية التي تطبقها الدول على غير مواطنيها، لا يقتصر سريانها على من يكون منهم فرداً، ولكنها تمتد كذلك إلى كل مجموع منهم تضمهم وحدة قانونية لها ذاتيتها واستقلالها. وإعمال إحدى الدول لهذه المعايير، يناقض تدخل مصالحها، مع غيرها، ويخل بضرورة أن تكون لأعرافها -التي ارتضتها فيما بينها، والتي تحدد علاقتها بغير مواطنيها- كسيتها.

ولئن جاز القول بأن أعرافها هذه قد يكتنفها -من بعض جوانبها- قدر من الغموض في مجال تطبيقها، إلا أن وجودها قانوناً حقيقة مستعصية على الجدل، ولا يدعو الإخلال بها أن يكون نكولاً من الدول التي نقضتها، عن التزاماتها وفقاً لقواعد القانون الدولي.

ومردود رابعاً: بأن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعلها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الدول المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين الذين يقيمون في غير دولهم؛ وكان التمييز في مجال هذه الحقوق -ولو كان من طلبها أجنبياً- ينقضها بما يخل بالحماية المقررة في مجال تطبيقها، فقد صار محظوراً تفسير المعايير الدولية بأنها تخول فرداً أو جماعة أو تنظيمًا، أن يدال من الحقوق التي تنصل بتطبيق هذه المعايير، سواء بمحوها أو بهيراد قيود في شأنها تجاوز تلك التي ترتضيها الدول الديمقراطية وتتخذها قاعدة لسلوكها، وعلى الأخص على صعيد الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار.

ومردود خامساً: بأن المعايير الدولية المتقدم بيانها، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تناهضها تأكيدها الدول التي يقيم غير المواطنين بها، ولو بررتها بمجرد تطابقها مع تشريعاتها المعمول بها في شأن مواطنيها.

ذلك أن الحماية التي تكفلها تشريعاتها هذه، قد تقل عن تلك التي ألتجتها واقعة اتصال الدول فيما بينها، وضرورة تحقيق نوع من التدخل بين مصالحها في إطار معايير دولية تمثل بمستوياتها ما يكون ضرورياً لصون حقوق غير المواطنين بها، فلا يكون للفصل بين الأشخاص المعنيين بهذه الحقوق، ودولهم، مقبولا.

واستصحاباً لهذه المعايير، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة -رسمت في قرارها رقم ١٤٤/٤٠ المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٣- إعلاناً في شأن حقوق غير المواطنين في البلد الذي يعيشون

فيه، مقرر سريان أحكامه فى شأن كل فرد يوجد فى إحدى الدول ولا يكون من رعاياها؛ مع إلزامها بضرورة أن تتقيد فى كل تشريعاتها التى تنظم بها دخول غير مواطنيها إليها، وشروط إقامتهم فيها، وما يمكن أن يقوم بينهم وبين رعاياها من الفروق، بالحدود التى رسمتها التزاماتها الدولية، بما فى ذلك ما يتعلق منها بحقوق الإنسان؛ وبمراعاة أن تكفل تشريعاتها الوطنية، حقهم فى الحياة، وكذلك تأمين أشخاصهم ضد الاعتقال أو الاحتجاز غير المشروع، وصون حريتهم الشخصية التى لا يجوز الإخلال بها إلا وفقا للقانون، وبما لا يخل بالتزاماتها الدولية التى تقارن ضمان هذه الحقوق.

ويؤكد هذا الإعلان كذلك، حق هؤلاء فى حرية التعبير، وملك الأموال، والاجتماع ومغادرة البلد، وذلك كله وفق القيود التى يجوز أن تفرضها الدول الديمقراطية فى مجتمعاتها لأغراض محددة، يندرج تحتها حماية أمنها القومى، ودعم نظامها العام، وصون أخلاقها، مع ضمان حقوق الآخرين، وبما لا يخل بغيرها من الحقوق المنصوص عليها فى هذا الإعلان، وكذلك تلك التى قررتها المواثيق التى تنظمها.

ويتفرع حق غير المواطنين فى إدارة أعمال بذواتها فى غير أوطانهم بما فى ذلك حقهم فى اختيار وكلاتهم أو كفلتهم فى مجال تسييرها- عن جواز مباشرتها قانونا. فكلما حولتهم القوانين الوطنية حق مباشرة هذه الأعمال، كان لهم أن يديروها بالطريقة التى تلائمهم، بما فى ذلك اختيار من يصطفونهم انتخبهم فى قدراتهم^(١).

٢٢٧- ويقع حق النقاضى وحق الملكية فى نطاق لحد الأدنى من الحقوق التى تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

ذلك أن لكل فرد -ولو كان أجنبيا- أن يتخذ ما يراه من التدابير لرد كل عدوان على حقوقه الثابتة التى تستمد وجودها من الأنظم القانونية المعمول بها فى الدولة التى يقيم بها، والتى يلزمها بالضرورة -رمن أجل اقتضاها- طلب الحماية التى يكفلها للمستور أو المشرع لها. .

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -مساعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

فلا يكون الحق في الدعوى -وعلى ما تنص عليه المادة ٨٦ من الدستور- إلا مكفولا للناس جميعهم -ربلا تمييز- كي توفر الدولة للخصومة القضائية في نهاية المطاف، حلاً منصفاً يقوم على حيطة المحكمة واستقلالها، ويكفل عدم استخدام التنظيم القضائي كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها، تعاملاً عليها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا على الأخص من خلال ضمانها حق غير المواطنين في الدفاع عن ملكيتهم بعد تلقيها أو كسبها وفقاً للنظم للقامة.

وهي تؤسس حكمها في ذلك على أن للدولة -ربناء على ضرورة تعرضها لوضايعها الاقتصادية، أو تتطلبها إدارة علاقاتها الخارجية، أو توجبها روابطها القومية أو غير ذلك من مصالحها الحيوية- أن تعرض قيوداً في شأن الأموال التي بحوزة غير مواطنيها تملكها.

ولها كذلك أن تخرج فئة منها من دائرة الأموال التي يجوز لهم التعامل فيها، فلا يكون لتصرفاتهم بشأنها من أثر.

والدولة السلطة الكاملة التي تقيد بها حق غير مواطنيها في تلك أموال بذواتها. ولها كذلك أن تمنعهم من تملكها وأن تعزل عن سياستها هذه، أو تغير فيها بما لا يناقض الدستور. ومن غير الجائز أن تجد الدولة حق غير مواطنيها في اللجوء إلى قضائتها للدفاع عن حقوقهم التي كفلتها للقوانين الوطنية، أو التي تجد ضمانها في الدستور.

ذلك أن نكولها عن أن توفر لحقوقهم هذه وسائل لتتضائلها، أو إرهابها الحماية المقررة لها بأعباء تنوء بها، هو في واقع وحقيقته للقانونية، إنكار للحالة تقوم به مسؤوليتها الدولية التي لا يرفعها عنها غير صون هذه الحقوق وردّها إلى أصحابها حال الإخلال بها.

ذلك أن إنكار الحق في الترضية القضائية، سواء بمنعها ابتداءً أو بتقويض فرص التتضائلها، أو بتقليصها متباطئة مترلخية دون مسوغ، أو بإحاطتها بقواعد إجرائية معيبة بصورة جوهرية، لا يعدو أن يكون إهداراً للحماية التي يفرضها الدستور أو القانون للحقوق التي يكفلتها؛

وهذا للعدالة في جوهر خصائصها وأدق توجهاتها، وبوجه خاص كلما كان طريق الطعن القضائي لرد الأمور إلى نصابها، غير جائز أو غير منتج^(١).

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية كتازع - كتازع جلسة ١٢/١٧/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٩ - ص ٩٢٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ٤ قضائية 'دستورية' - جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ - القواعد رقم ١٩ - ص ٢٠٧ - ٢٠٨ من الجزء السادس.

المبحث السابع
قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية
في تشكيلها وبيان مضمونها

٢٢٨- ويبدو تأثير المحكمة الدستورية العليا عريضا في كثير من المسائل التي ينظمها القانون الخاص، خاصة فيما يتعلق بصون الملكية الفردية، وضمان حرية التعاقد، والحقوق في العمل. ذلك أن الحق في التنمية يرتبط بإثراء روافدها وتعميق أدواتها، سواء كان الاستثمار وطنيا أو عربيا أم أجنبيا. ولا يجوز بالتالي أن تفرض عليها الدولة قيودا جائرا بما يذل من تكلفتها أو يعطل حركتها دون مقتضى.

ولأن الملكية الخاصة تمثل في علاقتها بالتنمية أمم روافدها، فقد كان على المحكمة الدستورية العليا أن تؤكد الحماية التي كفلها الدستور لها، وأن تحول -بأحكامها- دون انتهاكها من خلال قيود تعطل جوهرها أو تنتقصها من أطرافها.

على أن الملكية -ربالغم من حيوية وظائفها- إلا أن الملاحم الاشتراكية لهذا الدستور التي أفرزتها مفاهيم الميثاق، والمؤتمر الوطني للقوى الشعبية، كان لها ظلالها القاتمة على الحياة الليبرالية^(١) والاقتصادية في مصر^(٢). ومن ثم لم ينص الدستور على حرية التعاقد التي تتناقض -في تقديره- ضرورة السيطرة على رأس المال الخاص في مصادر تكوينه ونواتجه.

بيد أن حرية التعاقد التي أهمل الدستور النص عليها، هي ذاتها التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا بما تقرر في أحكامها من أن تأمين الحرية الشخصية لا يقتصر على حمايتها في مواجهة صور العدوان على البدن، وإنما تقع في نطاقها كذلك إرادة الاختيار حتى لا يحمل أحد على القبول بما لا يرضاه.

(١) من بين هذه المفاهيم أن يكون للعمال وفلاحين في المجالس النيابية مقاعد لا تقل عن نصفها، وهو نص لا مقابل له في النسخة المقارنة جميعها، ويدل على أن الذين صاغوه، والذين يدافعون عنه، أرادوا أن يحكموا قبضتهم على الحياة النيابية من خلال مفاهيم غوغالية ليس لها من صلة بإرادة الاختيار، التي ينبغي أن يملكها كل مواطن بلا تمييز.

(٢) من بينها ما نص عليه الدستور من أن للعمال مكاسب اشتراكية، دون أن يعنى بيان هذه المكاسب التي لا يتصور أحد أن يكون الدستور قد قصد إلى تساقط مزاياها على العمال بغير جهد من جانبهم.

المطلب الأولحق الملكيةالفرع الأولمفهومها

٢٢٩- تنفرد الحقوق العينية جميعها عن الملكية الفردية كحق عيني أصلي. بل إن هذه الملكية تعتبر جماع غيرها من الحقوق العينية، ولوسعها نطاقا، وأكثرها قوة.

ولئن صح القول بأن الملكية الفردية للمعتبرة أصل الحقوق العينية جميعها، تخول صاحبها السلطة المباشرة على الشيء محلها تصرفا واستغلالا واستعمالا، لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، يستخلصها منها دون وساطة أحد، وكانت الحقوق الشخصية هي التي ترتبط بمدى معين أو بمدى معينين، وبوساطتهم يكون اقتضاء الدائن لها، إلا أن التمييز بين الملكية الفردية، وبين الحقوق الشخصية على هذا النحو، لا يبال من كونها من الأموال. ذلك إن الحقوق العينية التي تقع على عقار -سما في ذلك حق الملكية- تعتبر مالا عقاريا. أما الحقوق العينية التي تقع على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية -أيما كان محلها- فلها تعد مالا منقولا.

ويتعين بالتالي أن تمتد الحماية التي تكفلها المادة ٣٤ من الدستور للملكية الخاصة في سعيها لتأمين الأموال جميعها من العدوان عليها، وبما يردع مغتصبها^(١) إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء. ذلك أن التفريق بينها في مجال هذه الحماية، يناقض مقاصد الدستور.

الفرع الثانيجنورها

٢٣٠- حرص الدستور على إعلاء الملكية الخاصة، وجعلها قرين التقدم، وربط حمايتها بصون الأمن الاجتماعي.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ قضائية "مستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨٤ - ١٨٥ من الجزء السادس والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ -ص ١٣٤ من الجزء السابع.

ومن ثم كفلها لكل فرد -وطنياً أو أجنبياً- ولم يجز الإخلال بحرمتها إلا استثناءً، وفي الحدود التي تقتضيها وظيقتها الاجتماعية، لضمان فعالية ممارستها.

ذلك أن الملكية تعود في الأعم من الأحوال إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والجهد والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إيمانها، وبالحماية التي أحاطها الدستور بها، على أن يكفل للتنمية أهم أدواتها، ولإرادة الاختيار مقوماتها، فلا يختص غيره بشمارها ومنشأاتها وملحقاتها، كي يستبد بها دون غيره، حتى لا يفلج سلطته عليها خصم ليس يبده سند ناقل لها، ليعتصم بها من الآخرين، وليلتص من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، وتقيها تعرض الأغيار لها^(١).

الفرع الثالث

أهميتها

٢٣١- حق الملكية من الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها. ويتردد تعدد روافدها وتنوع استخداماتها، تتمتع قاعدتها، لتشكل نهراً دافقاً بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إدارتها أو التفریط فيها، أو بعثرتها تبديداً لقيمتها.

الفرع الرابع

التقيود عليها

٢٣٢- لا يجوز تنظيم الملكية بما يخل بالتوازن بين الحقوق التي تنفرع عنها، وضرورة تقييدها دأياً بها عن الانتهاز أو الإضرار بحقوق الآخرين.

ذلك أن الملكية لم تعد حقاً مطلقاً في إطار النظم الوضعية التي تزواج بين الفردية وتكامل الدولة. وليس للملكية كذلك من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بمناسرها. ومن ثم ساءغ تحميلها بالتقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية.

(١) دستورية عليا -القبضة رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ -قاعدة رقم ٣٠- ص

٣٩٠ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم

٧ -ص ١١٦ من الجزء السابع.

وهى قيود لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تملئها طبيعة الأنموال محل الملكية، والأغراض التى ينبغى أن ترصد عليها على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها، لها توجهاتها ومقوماتها.

وفى إطار هذه الدائرة، يفاضل المشرع بين عدد من البدائل ليرجع من بينها ما يراه أكفل للمصالح الأولى بالرعاية، مستهديا فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تتحاز إليها الجماعة فى مرحلة من مراحل تطورها؛ وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على الملكية للحد من إطلائها، لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة التى ارتبط بها.

ولئن كان كل تنظيم لحق الملكية ينبغى أن يكون واقعا فى حدود منطقية لا تكون الملكية معها سرايا، ولضمان ممارستها بما يكفل تحقيقها لوظائفها؛ فقد تبين القول بأن تنظيم الملكية لا يجوز أن يكون منتهيا بمداه إلى حد أخذها من أصحابها -لأعن طريق نقل سدد ملكيتها إلى أغير- بل من خلال تقويض قيمتها الاقتصادية بصورة جوهرية مع بقاء ملكيتها لأصحابها.

ذلك أن الملكية هى للمزايا التى تنتجها، فإذا انتقض المشرع عليها، صار عدوانه مؤديا عملا إلى حرمان أصحابها منها، والاستيلاء على ملكهم بصورة فعلية.

ولا يجوز بالتالى لقتلاع ثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها أو اقتحامها أو امتصاصها، ولو ظل أصحابها يملكون السيطرة الفعلية على الأموال محلها.

وكلما تدخل المشرع لتنظيم الملكية فيما يجاوز وظيفتها الاجتماعية، كان ذلك التناقص محظورا حولها، ولو تدرع المشرع بتوجيه مواجهة بعض الأوضاع الاقتصادية بقصد إعادة ترتيبها.

ذلك أن صون الدستور للملكية الخاصة مشروط ألا تكون منطوية على الاستغلال والا تناقض طرق استخدامها الخير العام لجمهور المواطنين.

ولا يجوز بعد استيفائها لهذه الشروط مصادرتها أو نقلها، ذلك أن وجودها وزوال جوهرها، لا يتلاقيان^(١).

ولم يعد جائزا بالتالي أن يجرد المشرع الملكية من لوازمها، ولا أن يقوض عناصرها ولا أن يفصل عنها بعض الأجزاء التي تكونها، ولا أن يغير من طبيعتها، ولا أن يدمر أصلها، ولا أن يقيد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تملوها وتليقها الاجتماعية.

ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها عسبا وانتكاسا على كيانها أدخل إلى مصادرتها^(٢).

الفرع الخامس

مبادئها الشرعية

٢٣٢- لا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية التي لا تبدل فيها، تنظيم الملكية، ذلك أن الأصل في الأموال جميعها، هو أن الله تعالى بسطها وإليه مرجعها، مستخفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدونها إضرارا، يقول تعالى: <وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه>.

وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها في الباطل. وتكليف لولي الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهي مقاصد ينالها أن يكون اتفاق الأموال وإدارتها متخذًا طريقًا لتناقص مصالح الجماعة، أو تفل بحقوق الغير أولى بالاعتبار. ومن ثم كان لولي الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان شارا محصا يزيد من الضرر، ولا يفيد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين للفاحش.

(١) "دستورية عليا" - لل قضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - ص ٥٨١ - ٥٨٣ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - لل قضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٣٧ - ص ٥٤٧ - ٥٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١١٦ من الجزء السابع.

فإننا نتراحم ضرران، كان تحمل أھونھما لازماً لتقاء لأعظمھما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

وينبئ بالتالي أن يكون لھق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر. ذلك أن الملكية خلافة. وھى باعتبارھا كذلك تضبطھا وظیفھا الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضھا على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتھا. وھى حدود يجب للترامھا لأن الحدوان علیھا یرج الملكية عن دائرة الحماية التي كفلھا الدستور لھا^(١).

الفرع السادس

سقوط الحق فیھا

٢٣٤- لھق الملكية خاصیة تمیزه عن غیره من الحقوق العينية -الأصلیة منها والنتھیة- تتمثل فی أن الملكية وحدھا، ھی التي تعتبر حقاً دائماً.

وتقتضى طبيعتها هذه، ألا یزول الحق فیھا بعدم الاستعمال، آیا كانت المدة التي یرج فیھا الشيء من حیاة مالکھ. فلا تسقط الملكية، ولا الدعوى التي تحميھا بالتقادم. بل یرج لصاحبھا أن یقوم دعواه باستحقاقھا، ولو طال زمن خروجھا من یدھ، ما لم یکن غیره قد كسبھا وفقاً للقانون^(٢).

الفرع السابع

فرض الحراسة علیھا

٢٣٥- لا یعتبر الأشخاص الطبيعيون الخاضعة أموالھم للحراسة، فی مركز مغایر لغير المشمولین بها فی مجال طلبھم استردادھا من الدولة.

(١) "مستوریة علیا" -القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائیة "مستوریة" -جلسة ٣ یولیو ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١ -ص ٣٦ و ٣٧.

(٢) الحكم السابق -ص ١١٣٤ والحكم الصادر فی القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائیة "مستوریة" -جلسة ٦ فبرایر ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٤ -ص ١٩٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء لا يتمايزون عن بعضهم البعض إلا لى واقعة بعينها هى خضوع الأولين لتدابير الحراسة الاستثنائية التى فرضتها الجهة الإدارية فى شأنهم نكالا، بقصد إخراج بعض أموالهم من أيديهم ختالا. وهو ما يحد قرين اغتصابها.

ذلك أن من غير المتصور وقد جرد الدستور واقعة الحراسة من كل أثر، فاجتبتها من منابتها حتى لا تصير شيئا- أن تولد هذه الواقعة قانونا، حقا لأحد، ولا أن ينطق بها لقرام بعد أن هدمها الدستور، وأعدم آثارها، وجعلها هشيما.

ولا يسوغ بالتالى أن تؤول واقعة طمسها الدستور، إلى الانتقاص من حقوق هؤلاء الذين ناعوا بعينها.

ذلك أن كل واقعة لا استواء لها، ليس لها من عدد ترفعها، ولا من كيان يقيمها، ولا قرار لها، بل تنهدم من أساسها لتتقد وجودها من مبدئها، إذ هى ساقطة فى ذاتها، فلا وضع لىها، ولا اعتداد بها، وحسبها أنها غير شىء.

إذ كان ما تقدم، وكان لا يجوز أن تختص فئة ممن يملكون حقوق يستولون بها، ولو كان من حرموا منها يساوونهم فيها؛ وكان الأصل فى الملكية أنها تعتبر حقا دائما، فلا تزول بالتراخي فى استعمالها أمداء، ولو كان بعيدا، بل يظل صلاحيتها متمتعا بالحق فى حمايتها وأن ترد إليه عند اغتصابها، إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره طبقا للقانون؛ وكان من المقرر كذلك أن الحماية للنسى أضفاها الدستور على الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تنحصر فى الملكية الفردية كحق عينى أصلى تتفرع عنه الحقوق العينية جميعها؛ ويعتبر توسعها وجماعها؛ وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها بدون تمييز بينها- باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية، سواء كان هذا الحق شخصا أم عينيا، أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية؛ وكان الناس جميعهم لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال اللجوء إلى قاضيهما الطبيعى؛ ولا فى نطاق القواعد الاجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومة القضائية عيناها؛ ولا فى فعالية ضمانات الدفاع التى يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التى يدعونها؛ ولا فى التقاضي وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها؛ فقد تعين أن يكون للحقوق عيناها، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها، أو للدفاع عنها، أو استدلتها، أو الطعن فى الأحكام التى تنطق بها.

ولا يجوز بالتالى أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر في شأن إعمال هذه القواعد، بما يعطىها لفريق من بينهم أو يقيد بها، وبوجه خاص على صعيد الفصل بطريقة منصفة في حقوقهم المدنية و التزاماتهم؛ وكان ثابتاً كذلك، أن طرق لظن في الأحكام لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلال سبل تقويم اعوجاجها، وإنما هي في واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها علناً أصلاً إلى انفتاح هذه الطرق أو انغلاقها، فإن التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية Identically Situated في مجال النفاذ إلى فرصها، يكون محظوراً.

ذلك أن التمييز بين المراكز القانونية، لا يفترض وحدة معطياتها، وإنما تخالفها ولو في بعض العناصر التي تكونها، وبافتراض مشروعيتها جميعها - لتتناقض أجزاؤها.

ولا يتصور بالتالى أن تكون واقعة فرض الحراسة في ذاتها على أموال الأشخاص الطبيعيين، مخفلاً إلى التمييز بين مركزين قانونيين. ذلك لأن اندماجها لا يضيفها إلى أيهما^(١).

على أن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطاقاً للحرية الفردية يدعى مقوماتها، ويكفل جوهر خصائصها، إلا أن الدائرة التي تشمل فيها هذه الإرادة، ينبغي قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقاً بذاتيتها.

المطلب الثاني

حرية التعاقد

٢٣٦- اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن حرية التعاقد فرع من الحرية الشخصية التي لا تقتصر الحماية التي يكفلها الدستور لها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، ولكنها تتمتع لتتمثل إرادة الاختيار وسلطة التقدير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائناً يحمل على ما لا يرضاه، بل بشراً سوياً متكامل الشخصية.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ من ١٢٩ من الجزء السابع.

بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقا طبيعيا لازما لكل إنسان تطويرا لإرادة الخلق والإبداع، وانحيازاً للطرائق في الحياة يختارها؛ يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية لا تكون بها هذه الحرية إلا حقا موصوفاً *A qualified right*.

ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها تمسكها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يندبها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمرداها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها؛ بين مروقها مما يحد من اندفاعها، وردعها إلى ضوابط لا يملها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يثرعها المشرع عليها، تقديراً بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضرورياً لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض^(١).

ومن ثم لا تعنى حرية التعاقد، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها.

ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن بعض العقود -حتى ما يكون واقعا منها في نطاق القانون الخاص- قيوداً يردى على ضوابطها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها.

وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى بعض العقود، توازناً اقتصادياً لخلل فيما بين أطرافها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ - من ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن. وقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" المحكوم فيها بجلسته ١٨ مايو ١٩٩٦ - نشر هذا الحكم في ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع - إن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطقاً للحرية الفردية يردى جوهر خصائصها ويخضع لمقوماتها، إلا أن الدائرة التي تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغي صهرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقاً بذاتيتها كالحق في اختيار الزوج ولن يتخذ للشخص ولدا.

وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها محورا من التزاماتها انحصاراً لمن دخلوا فيها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل.

ولا زال المشرع يقتصر من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمها جماعياً ثابتاً Contracts Collectifs تلك التي تتعلق بالتنظيم النقابي^(١).

كذلك فإن حرية التعاقد -فضلاً عن كونها فرع من الحرية الشخصية بأكملها معها ويدعم خصائصها- إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية؛ وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها.

ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورعايتها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتنظمها، أو التي تعزل دون حق تدفق التجارة في سوق مفتوحة؛ وكان من المقرر أن للسلطة التشريعية أن تعيد تنظيم بعض العقود لتحيط ببعض جوانبها بقواعد أمرة لا يجوز الخروج عليها لمصلحة قدرتها، إلا أن هذه السلطة لا يسميها أن تدمر الدائرة التي تبشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لمسلطتها بعدد منها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملاً في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها -والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام- لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحصولاً للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تسييراً عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالاً عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها^(٢).

(١) 'مستورية عليا' -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية 'مستورية' -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٨ -ص ١٥١ من الجزء السابع.

(٢) 'مستورية عليا' -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية 'مستورية' -جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٦ من الجزء الثامن.

وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك، أن العقود التي يبرمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيا المشرع، لبا كانت موافقه إلى ذلك. ذلك أن المصلحة التي يحميها الدستور -من خلال أحكامه- هي الأولى بالاعتبار، وينبغي تطبيقها على ما سواها.

فضلا عن أن الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة، لا تقتصر على ما هو قائم فعلا من مصادرها التي استقام بها الحق في الملكية صحيحا وفق أحكام الدستور، ولكنها تمتد بداهة إلى ما هو مشروع من صور كسبها التي تعد سببا لتلقيها أو لانقالتها من يد أصحابها إلى آخرين، فلا يكون تقييد دائرتها جائزا.

فالأموال التي تملكها، وكذلك ما يؤول إلى أغير من عناصرها، هي التي تصد الدستور إلى صونها، ولم يجز الأساس بها إلا استثناء، وبمراعاة الوسائل القانونية الضيقة التي تقارن حق إنشائها وتغيير سندها. وينبغي بالتالي النظر إلى الحماية التي تشملها بما يقيمها وفق مفاهيم الحرية التي يمارسها الأفراد تعبيراً عن نواتهم، وتوكيدا لحدود مسؤولياتهم عن مسور نشاطهم على اختلافها. فلا يكون صون الملكية إلا ضمنا ذاتيا لأصحابها، يرد عن ملكيتهم كل عنوان ينال من عناصرها^(١).

كذلك، فإن الأصل في العقود -باعتبارها شريعة المتعاقدين- تقوم نصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجهزها- هو ضرورة تنفيذها بحسن نية في كل ما تشتمل عليه، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون.

وكلما نشأ العقد صحيحا ملزما، كان تنفيذه واجبا، فقد ألزم المدين بالعقد، فإذا لم يتم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو إهمال، أو عن مجرد فعل لا يقتنر بألها.

ومن ثم تظهر المسؤولية العقدية باعتبارها جزاء إخلال المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما، وهي تتحقق بتوافر أركانها. وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم إلى جانبها مسؤولية جنائية، فلا يكون اجتماعها مناليا للدستور.

(١) "مستورية عليا" -التصنية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية كمستورية- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٤٣، ٩٤٧. من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

وكما فرض المشرع جزاء جنائيا على واقعة إخلال المدين بالتزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، بل كان العقد مصدره المباشر، فإن إيقاع هذا الجزاء لا يكون مخالفا للدستور، بشرطين:

أولهما: أن يكون هذا الإخلال قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

ثانيهما: أن يكون المشرع قد حدد بصورة واضحة وكاملة عناصر الجريمة التي واجهها، بما ينفي التجهيل بها^(١).

ومن المقرر كذلك أن الترخيص لخير المواطنين في امتثال أعمال بذواتها، يفيد بالضرورة حق من يباشرونها في اختيار وكلاء عنهم ينوبون عنهم في إدارتها.

ذلك أن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعل منها جزءا لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة في مجال مباشرتها؛ والتي لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحدا أو جماعة أو تنظيمًا سياسيًا، أن ينال من الحقوق التي تقارنها ولو كان من يطلبها أجنبيا.^٢

فضلا عن أن الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار -على ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين. ويقرع الحق في إدارة أعمال بذواتها، عن جواز مباشرتها قانونا. ويفترض أن تخلص لأصحابها تنظيم شؤونها، بما في ذلك اختيار وكلائهم أو كفلائهم في مجال تسييرها، فلا ينهض بمسئوليتها غير من يصطفونهم لثقتهم في قدراتهم^(٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ -قاعدة رقم ٥٧ -ص ٨٥٥ - ٨٥٦ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٨٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

المطلب الثالثحق العملالفرع الأولخصائص هذا الحق

٢٣٧- ليس حق العمل من الرخص التي تفوضها الدولة أو تبسطها وفق إرادتها، لينحدد على ضوئها من يتمتعون بها أو يمنعون عنها. وإنما قرره الدستور باعتباره شرفاً لمن يلتبس الطريق إليه من المواطنين، وواجباً عليهم أدائه، وحقاً لا ينهدم، فلا يجوز إهداره أو تقييده بما يعطل جوهده، بل يعتبر أدائه واجباً لا ينفصل عن الحق فيه؛ ومنحلاً إلى حياة لا تفتقر قوامها الاطمئنان إلى غد الفضل.

ومن ثم كان هذا الحق وظيفاً للصلة بالحق في الحياة؛ ككفالة تكامل الشخصية الإنسانية واستثارة قيم اللطف والإبداع؛ نائياً بأوضاع العمل عن رتائنها وآلياتها وجمودها؛ لا ينفصل عن جدارة من يتولاه، وإلا كان نهياً لكل طارق^(١)؛ نابذاً الإخلال بالشروط المنطقية التي يقتضيها، بما في ذلك أشكال التعامل التي تعثر بقيمة العمل، وتحمل العمال على التخلي عن واجباتهم؛ أو على الأكل تنكبيهم عن متابعتها.

ولا يجوز كذلك فصل الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع للعاملين، عن مسئولية اقتضاها، ولا مقابلتها بغير واجباتها، ومدخلها بالضرورة ألا تتسلط المزاي التي ترتبط بالعمل، على من يطلبونها بغير جهد منهم يقارنها ويمثلها، وإلا كان عجزاً فادحاً، وإضراراً بالثروة القومية عميقاً.

وكما كان العمل مبرراً من الاستغلال، وغير مقترن بمزاي لا يرتبط عقلاً بها، صار طريقاً لتحرير الوطن والمواطن^(٢).

(١) القضية رقم ٦٢ لعدد ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٥٠٠ - ٥٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٣٦٤ - ٣٦٥ من الجزء الثامن.

ومن ثم حرص المشرع على تأهيل الموقوفين بتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة ليقربهم من بيئتهم، وليمكنهم من النفاذ إلى حقهم في العمل، لا يعتمدون في ذلك على نوازع الخير عند الآخرين، ولا على تسامحهم، بل من خلال حمل هؤلاء على أن تكون الفرص التي يقدمونها للموقوفين مناسبة لاحتياجاتهم، مستجيبة لواقعهم، وأن يكون هدفها مواجهة آثار عجزهم، ومباشرة مسؤولياتهم كأعضاء في مجتمعاتهم، تمنحهم عوناً، وتقبلهم من عثراتهم.

وليس ذلك تمييزاً جائراً يفاضل بين الموقوفين وغيرهم ليجعلهم أشد بأساً، أو أفضل موقعاً من سواهم. وإنما خولهم المشرع تلك الحقوق التي يقوم الدليل عليها على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعبد إليهم توازناً لختل من خلال عوارضهم.

وتلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن تؤكد الجدارته بالحياة اللائقة.

يدعم ما تقدم، أن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوقاً على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها
Legislators may select different persons or groups for different treatment, since classification is inherent in legislation.

ويتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية rational relationship بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها.

فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها. بل يجب أن تعد متخلاً إليها Appropriate means to the attainment of justifiable ends.

بما مؤده أن حق الموقوفين في فرص العمل التي أتاحها المشرع لهم، لا يجوز فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التي حرص المشرع على تحقيقها من خلال ضمان هذه الفرص^(١).

(١) "دستورية عليا - للتضحية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

ذلك أن تدابير اقتصادية واجتماعية وتشريعية يتعين ضمانها في شأن المعوقين، تأخذ والقهم في اعتبارها، ولا تتحى مشكلاتهم عن دائرة اهتمامها، بل توليها ما تستحق من الرعاية، لتقدم لهم عونا يلتزم وأوضاعهم، نزولا على حكم الضرورة، ويقدرها، فلا يخطون حقا.

وليس للدولة أن تحجبهم عن فرص العمل، ولا أن تمنحهم معاشا يكون بديلا عنها. ذلك أن طبيعة عائلتهم -ولما كان مصدرها أو درجة خطورتها- لا تتقاض حقهم في حياة ملائمة يتخطون بها صعابهم، وتكون كرامتهم قاعدتها واعتمادهم على أنفسهم مدخلها؛ فلا تكون احتياجاتهم الخاصة أوزارا يلوون بها.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية للحق في العمل

٢٣٨- من المقرر أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، فلا يتصور وجوده بدونها، ولا أن يكتمل كيانه بغواتها. ومن ثم لا تتجزأ هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطا بها، مكتملا وجودا بتحقيقها^(١).

وإذ كان لكل حق شروط يقتضيها وأثار يرتبها، من بينها في مجال حق العمل، ضمان الأوضاع التي يكون أداء العمل في إطارها إنسانيا ومنصفا ومواتيا، فقد تعين ألا تتجزأ هذه الشروط قسرا من محيطها؛ ولا أن يكون مضمونها انحرافا بها عن مقاصدها ليكون منهاها التحامل؛ أو لتفادى بنحوها ما ينبغي أن يرتبط حقا بالأوضاع الطبيعية لأداء العمل^(٢).

وفي هذا الإطار يجب أن يكون أجر العمل وحوافزه، جزاء منصفا لجهد العامل، وأن يكون زمن العمل كذلك موفوتا بالشروط الموضوعية التي ينبغي أن يمارس العمل في نطاقها، ولو لم

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٢ وما بعدها من الجزء السابع والقضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص ١٢٩٠ - ١٢٩١ من الجزء الثامن.

انظر كذلك "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٤/٧/٢٠ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ٣٠٩ من الجزء السادس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ - قاعدة رقم ٤٠ - ص من الجزء السابع.

يتخذ التمييز في نطاق هذه الشروط شكل آثار اقتصادية، بل كان أثره منحصرا في الإضرار بمشاعر العاملين وصحتهم النفسية. ذلك أن الاحتمال في شروط العمل وظروفه، يحسب عدوانية البيئة التي يمارس فيها أو انحرافها.

بما مؤداه أن الشروط الموضوعية وحدها، هي التي يعتد بها في مجال تقدير العمل وتحديد أجره؛ والأحق بالحصول عليه؛ والحقوق التي يتصل بها؛ وأشكال حمايتها، ويندرج تحتها ألا تنزع المفاضلة بين العاملين إلا على ضوء تميزهم في أداء العمل؛ وألا تتلخص مباشرته العقيدة القسرية يؤمن العامل بها؛ وألا يحاط بأوضاع يكون بها أكثر إرهاقا ولأجل أجر. فلا يكون منتجا، ولا كلالا لضمانة الحق في الحياة واحدا من أهم روافدها^(١).

الفرع الثالث

الآثار القانونية المترتبة على الحق في العمل

٢٣٩- كذلك فإن ما نص عليه الدستور من اعتبار العمل حقا، يفيد بالضرورة ألا يتقرر هذا الحق إيثارا، وألا يمنع تضاملا؛ وألا يكون تنظيم ذلك الحق مناقضا لفحواه، ولا نوع أو أجر العمل طاردا للراغبين في الحصول عليه؛ وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا؛ متوخيا دوما- ومن خلال الشروط الموضوعية- تطوير أنماط الحياة وتشكيلها في اتجاه التقدم، على أن تدعّمه برامج رائدة تزيد من خبرة العامل وتنميتها، وتعين على تعاون العمال فيما بينهم، وتكفل خلق مناخ ملائم يكون العمل في إطاره إسهاما وطنيا، وواجبا^(٢).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية"- جلسة ١ أبريل ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٣ -س ٥٥٩ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٠ -س ٦٤٣ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق الصادر في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -س ٥٥٩ من الجزء السابع.

الفرع الرابع الحمل على العمل

٢٤٠- الأصل في العمل أن يكون إراديا قائما على الاختيار الحر، فلا يحمل عليه المواطن حملا، إلا أن يكون ذلك تدبيرا استثنائيا مقررا بقانون، متوخيا مواجهة أوضاع لها من خطورتها -كحريق أو فيضان أو زلزال أو أمراض وبائية أو مجاعة مستفحلة- ما يقتضى التعاون على دفعها؛ ومن حدة طورتها ما يحتم أن يكون العمل تكليفا، وموقوتا، فإذا كان مؤبدا، تعذر أن يكون مبررا بالضرورة أيا كان مداها، ولو كان بمقابل عادل، وغدا لونا من المصرة التي دمجها الدستور بمجافاتها للحق في العمل باعتباره شرفا. ذلك أن المصرة، نقض اختيار للعمل أو التطوع لادائه. ومن ثم شرط نص المادة ١٣ من الدستور لأداء العمل جبرا، أن يكون مقيدا بزمن محدود، وبمقابل عادل، وفي حدود القانون، ولازما لإشباع غرض عام. فلا يماق المواطن إلى عمل لا يرضاه. ذلك أن علائق العمل، تفترض شراء جهة الاستخدام لقوة العمل بعد عرضها عليها، وهو ما يفيد توافق إرادتين على أداء العمل^(١).

الفرع الخامس الحق في الأجر العادل

٢٤١- لا تنفصل عدالة الأجر عن الأعمال التي يؤديها العامل، سواء في نوعها أو كمها، فلا عمل بلا أجر. ويقتضى إعلاء قدر العمل والارتقاء بقيمته، حمل الدولة على تقدير من يمتازون فيه، ليكون التمايز في أداء العاملين لديها، مدخلا إلى المفاضلة بينهم. وهو ما يعنى بالضرورة أن الشروط الموضوعية هي التي يعتد بها في تقدير العمل وتحديد أجره، والأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها. والحقوق التي يتصل بها، وأشكال حمايتها ولتضائها.

ولا يكون الأجر مقابلا للعمل إلا بشرطين:

أولهما: أن يكون متناسبا مع الأعمال التي أداها العامل محددة على ضوء أهميتها وصعوبتها، وتعددها، وزمن إنجازها.

(١) القضية رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية "ستورية" جلسة ١٩٩٧/١ - قاضية رقم ٥٣ - ص ٨٢٧ - ٨٢٨ من الجزء الثامن.

ثانيهما: أن يكون مناسط التقدير موحدا، فلا تتعدد معايير تقديره التواء أو انحرافا حتى لا يمتاز بعض العمال على بعض، إلا وفق أسس موضوعية تقتضيها كثافة العوامل ذات الصلة بالعمل.

بما مؤداه أن قاعدة التماثل في الأجر للأعمال ذاتها، تفرضها ونقتضيها موضوعية الشروط التي يتحدد الأجر في نطاقها^(١).

وتبين المحكمة الدستورية العليا، كلفة العناصر الموضوعية التي يعتد بها في تقدير أتعاب المحامي وذلك بقولها:

>>الأصل المقرر قانونا، أن تتكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي تنفيذا لمعد الوكالة، مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها، ويقدر أهميتها.

ويتعين بوجه عام أن يقدر أجر كل محام بمراعاة كافة العوامل التي تعين على تحديده تحديدا منصفاء، وهي بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها، وإن جاز أن يكون من بينها. أولا: حقيقة الجهد والزمن الذي بذله المحامي، وكان لازما لإنجاز الأعمال التي وكل فيها. ثانيا: جدة المسائل التي قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها. ثالثا: ما تقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. رابع: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. خامسا: الأجر المقرر عرفا مقابل معقولا لها. سادسا: القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على محاميه لإيجاز الوكالة، وكذلك تلك التي أملتها ظروفها. سابعا: النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يتردد النزاع حولها. ثامنا: مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العلمية. تاسع: طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه، وعق امتدادها في الزمان. عاشر: الأتعاب التي تفررت لغيره من المحامين في

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية المشار إليها ألفا ص ٥٥٩ - ٥٦٠ من الجزء السابع؛ والنقض رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤/١٤/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٤ - ص ٤٤٦ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ٢٠ قضائية دستورية - جلسة ١/١/٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٥٥ ص ٤٥٣ - ٤٥٤ من الجزء التاسع.

للدعوى المماثلة. حادي عشر: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملائمتها^(١) <<.

وإذا كان اقتضاء الأجر للعادل مشروطا حتى في العمل الذي يقهر عليه العامل، وذلك عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور، فلن أداء الأجر كمقابل لعمل أداء العامل اختصارا، في إطار رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ترتبط طرفاها بها، يكون بالضرورة أحق بالإفشاء كضمانة كفلها الدستور يعزز بها إسهام المواطن في الحياة العامة، والتمكين من القيم الأصلية التي ينبغى أن تتحلى الجماعة بها^(٢).

الفرع السادس

التقيد على الحق في العمل

٢٤٢- يتعين في الشروط التي يفرضها المشرع لأداء حرفة أو مهنة بذاتها، أن ترتبط عقلا بمطالباتها، وأن يكون فرضها لازما لضمان حسن القيام بها، ملتكما مع طبيعتها، وإلا كان تقرير هذه الشروط انحرافا عن مضمونها الحق، والتواء بمقاصدها، وإرهاقا لبيئة العمل ذاتها، وما ينبغى أن يهيمن عليها من القيم التي تطو بقدر العمل، ولا تخل بطبيعة الشروط التي يقتضيها، وبوجه خاص كلما دل تطبيقاتها على مناهضتها لتكافؤ الفرص، أو تمييزها دون مقتضى بين المتزاحمين على العمل، أو إنكارها لحقهم في الأمن -اجتماعيا أو اقتصاديا أو نفسيا- أو إضرارها بالأوضاع الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم.

وما ينص عليه المشرع من حرمان الأشخاص الذين تزيد أعمارهم على سن معينة، من الالتحاق ببعض الأعمال، لا يستقيم كلما تقرر هذا الحرمان في صيغة مطلقة تتأق طبيعته هذه الأعمال وشروط أدائها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢/٣/١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨-ص ١٨٢ و ١٨٣ مسن الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية علي" -القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٥/٧-ص ١٠٨-١٠٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥، القاعدة رقم ٣٤-ص ٤٤٩-٥٠٠ من الجزء السادس.

ذلك أن من بين تلك الأعمال ما يتصل ببعض المهن الحرة التي تقتضى ممارستها جهدا عقليا صرفا من القائمين عليها. ولا شأن لها بمظاهر القصور في قدراتهم البدنية، وما يتصل بها عاطفيا وجسمانيا من تغيير يؤثر سلبا وعملا في إمكاناتهم.

فلا يكون شرط السن عندئذ مقبولا، إلا إذا كان مبررا بطبيعة الأعمال التي يعهد إلى العامل بها، ونطاق واجباتها ومسئولياتها، ليتحدد على ضوءها ما إذا كان هذا الشرط فاعلا مؤثرا فيها، أو منافيا لها وغريبا عنها.

بما مؤداه أن الأصل ألا يحول على شرط السن لأداء العمل. فإذا كان مطلوباً عقلا لبعض الأعمال، كان ذلك استثناء من هذا الأصل يتعين أن يفسر في أضيق الحدود، وإلا صار شرط السن ذريعة لقمع الحق في العمل، وإهدار المزايا التي يرتبط بها، كالحق في المعاش.

ولئن جاز القول بأن تقدم العمر يحمل في ثلثاه مخاطر صحية لا يستهان بها، ولا يمكن للتعب بزم من طروئها ولا بحدتها ومتاعبها ومضاعفاتها، إلا أن المهن الحرة التي تقتضى مزاومتها جهدا عقليا، يتعين أن يكون النفاذ إليها متاحا لمن يطرقون أبوابها، لا يتقيدون في ذلك بغير الشروط الموضوعية التي تؤول لممارستها، والتي ينافيها شرط السن باعتباره دخيلا عليها.

وهو ما يعنى أن الشروط التي يتطلبها المشرع للتقيد في الجداول التي تنظم الاشتغال بالمهن الحرة -ومن بينها شرط السن- يتعين لإقرار مشروعيتها، أن يقوم الدليل على اتصالها بطبيعة هذه المهن ذاتها، وما يكون لازما عقلا لممارستها، مرتبطا بجوهر خصائصها *The Essence of the Business*. ذلك أن الأمم على اختلافها، تفقد كثيرا من مصادر قوتها وثروتها، إذا أعيق عملها -بناء على منبه- من النفاذ إلى الأعمال التي لازالون قادرين على النهوض بها، ولتسى يتكافأون في إنجازها، أو يمتازون في أدائها عن ممارسوها فعلا، ليفقد المبهض عنها فرص عملهم، وليكون التمييز بين هؤلاء وهؤلاء تصفيا، ومخالفا للدمستور بالتالى.

بما مؤداه أن شرط السن في نطاق الأعمال الحرة، كثيرا ما يكون مؤثرا واهيا على القدرة على ممارستها^(١).

(١) "دستورية عليا" -القطبية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨/٥/١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٠ من ١٣٧ وما بعدها من الجزء السابع.

الفروع السابعة الحرية النقابية لعمال القطاع الخاص

٢٤٣- يتفرع التنظيم النقابي -مهنيا كان أم عماليا- عن حرية الاجتماع التي لا تجوز إعاقتها بقيود جائرة تعطل أو تقيد ممارستها، ولا تتدخل في نطاق تنظيمها.

وتتميز الحرية للنقابية التي كفلها الدستور بنص المادة ٥٦، باتساعها لحرية الإرادة في الدخول في منظمة نقابية أو الخروج منها؛ وفي أن يكون للشخص عضوا في أكثر من منظمة نقابية إذا استوفى شروطها، وأن يجنبها جميعا إذا أعرض عنها، وقرر ألا يلجأ إليها.

وإنشاق هذه الحقوق عن الحرية النقابية يحطها من ركائزها، وهي في مجموعها لا تخل بحق النقابة ذاتها في إرساء القواعد التي تنظم شئونها، وأن تقرر بنفسها أهدافها، ووسائل تحقيقها، بما في ذلك طرائق تمويل نشاطها.

ولا تعارض الحرية النقابية على ضوء هذا المفهوم، ديموقراطية العمل النقابي. ذلك أن الديموقراطية النقابية هي التي تطرح بوسائلها وتوجهاتها نطاقا للحماية يكفل لقوة العمل -أيما كان موقعها- جوهر مصالحها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود.

وهي كذلك مفترضة أولى لوجود حركة نقابية مستقلة بذاتها ومناحي نشاطها، فلا تتسلط عليها جهة إدارية؛ ولا تعلق تأسيسها على لإنهاء؛ ولا تتدخل في شئونها بما يعوقها عن إدارة نشاطها؛ ولا تحل نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه هي أكثر لتحقيق مصالح أعضائها؛ ولا تفرض وصايتها عليها.

وليس لها أن تقرر إنهاء وجودها عقلا لها؛ ولا أن تفصل بنفسها في صحة التنظيم النقابي أو بطلانه كشرط سابق على بحثه إلى الحياة، ولا أن تؤثر في حق الاقتراع داخل النقابة لتقوض تنظيماتها حتى لا يفوز بمناصبها المختلفة على تباين مستوياتها، الأحق بها.

وإذا كان الاجتماع مع آخرين، ضرورة يقتضيها تنظيم الأفراد لنشاطهم فلا تتعثر جهودهم، بل يكون نكثها طريقا لتعمق الحقائق على اختلافها بما يحول دون كتمانها أو التجهيل بها، أو تقليص دائرتها؛ وكانت حرية الاجتماع ذاتها هي التي يفرع عنها حقهم في بناء تنظيم مشروع

بعضهم سياسيا كان أم نقابيا - فقد تمنى ألا تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيودا في نطاق تنظيمها، إلا بقدر حدة هذه المصالح التي وجهتها لتقريرها، وبافتراض مشروعيتها.

ويؤيد هذا النظر أن الأصل في التنظيم النقابي أن يكون مفتحا لكل الآراء، قلما على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر الإمكان أو يبدلها بغيرها. فلا يكون العمل النقابي إملاء أو انقياد، بل توافقا في إطار المسؤولية، وإلا كان مجاوزا للحدود التي ينبغي أن يترسعها
Ultra Vires Actions.

وهذه القيم التي يربعاها للتنظيم النقابي، هي التي كرسها الدستور بنص المادة ٥٦، والتي تحتم أن يكون هذا التنظيم قائما وفق مقاييس ديموقراطية يكون القانون كافلا لها، توكيدا لأهمية وخطورة المصالح التي يمثلها، وعقبا لتصلها بالحقوق المقررة لقانونا لأعضائها.

فلا ينحاز العمل النقابي لمصالح جانبية لبعضهم محدودة أهميتها، بل يكون تقديمها بالضرورة، متبينا نهجا مقبولا من مجموعهم، وقابلا للتغيير على ضوء إرادتهم.

بيد أن حق النقابة في تكوينها وفق أسس ديموقراطية، وكذلك إدارتها لشؤونها بمسا يكفل استقلالها، ويقتضيان في الدفاع عن مصالح أعضائها، وتطويرها للقيم التي يدعون إليها في إطار أهدافها، ووعيا بما يحثهم، ومراجعتها لسلوكهم؛ لا يخولها العنوان على حقوق كلها للدستور، ويندرج تحتها حق كل عضو فيها في التعبير عن الآراء التي يريد إقناع الآخرين بها حتى لا تفرض الأقلية -بحكم موقعها أو سيطرتها- آراءها على المخالفين لها.

ذلك أن أعضاء النقابة جميعهم شركاء في تقرير أهدافها، وصوغ نظمها وبرامجها، وتحديد طرائق تنفيذها، بما في ذلك وسائل تمويلها، فلا تكون الميادة إلا لمجموعهم، ولا ييسر غرياء عنها سيطرتهم على شأن من شؤونها. وشرط ذلك ضمان تعدد الآراء لدخل النقابة، وتزاحمها فيما بينها، واتساع آفاقها وتعدد مصادرها، ولأن تتخذ النقابة قراراتها على ضوء اقتناع أعضائها بها وقدر تحقيقها لمصالحهم بما يجعل قراراتها هذه بأيديهم.

ذلك أن مفهوم الحرية ليس سلبيا، ولا واقعا وراء جدران مغلقة، ولا منفصلا عن إرادة الاختيار، ليفاضل العمال بين البديل على ضوء مفاهيم الحق والعدل من منظور اجتماعي، وبما

يكتفل سعيهم لضمان الحقوق التي تتصل بمواقفهم، سواء في جوهر بنيانها، أو من خلال دعم وسائل الدفاع عنها^(١).

وهذه الحرية النقابية التي تصونها المحكمة الدستورية العليا، هي التي تكفل استقرار العمال وتطوير أوضاعهم، ويعتبر ضمانها لازماً لمواجهة كل إخلال بها، وبوجه خاص لرد خطرين عنها لا يتعادلان في آثارهما، ويتأين من مصدرين مختلفين:

ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها قد تباشر ضغوطها في مواجهة العمال غير المنضمين إليها لجذبهم لدائرة نشاطها، توصلاً لأحكام قبضتها على تجمعاتهم.

وقد يتدخل رجال الصناعة والتجارة في أوضاع الاستخدام في منشآتهم، أو بالتهديد بفصل سالمهم، أو بمساءلتهم تأديبياً، أو بإرجاء ترقيةاتهم، لضمان انصرافهم عن التنظيم النقابي، أو لحملهم على التخلي عن عضويتهم فيه.

ويظل سديداً القول بأن الحرية النقابية، وديموقراطية العمل النقابي، تقتضيان أن تفرض المنظمة النقابية أشكالاً من الرقابة الذاتية على الكيفية التي تباشر بها نشاطها، وبما لا يخل بأهدافها، ليكون تقييمها لنواحي القصور فيه، موضوعياً، يعتمد على وسائل تطبيقية موثوق بها.

كذلك فإن حق العمال في تكوين المنظمة النقابية، وكذلك حرية النقابة ذاتها في إدارتها لشؤونها، ومماثلتها لأعضائها عما يقع منهم مخالفاً لنظمها، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً ينبسط على كافة صور نشاطها، ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المقيدين بها.

على أن المنظمة النقابية العمالية -وبالنظر إلى طبيعة تكوينها وخصائص نشاطها، ونوع الأغراض التي تتوخاها- كل ذلك جعلها من أشخاص القانون الخاص، ليحكم هذا القانون نشاطها ويضبط تصرفاتها، ولو كان المشرع قد منحها جانباً من خصائص السلطة العامة وامتنيازاتها. ذلك

(١) "تسوية عليا" -القطعة رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٦ ص ٤٦٣ وما بعدها من الجزء السابع.

أن وسائل السلطة العامة التي تمارس المنظمة النقابية العمالية بعض جوانبها، لا تحليلها إلى جهة إدارية في مقوماتها، ولا تلحقها بها، أو تدمجها فيها.

ولا يجوز في أية حال، أن تنقض النقابة -ولو بالتذرع بخدمة مصالحها وتقوية نشاطها- حرية التعبير التي تمثل في ذاتها قيمة عليا لا تفصل الديمقراطية عنها، وترسيبها الدول قاعدة لبنان مجتمعاتها، ولضمان تفاعل مواطنيها معها.

ذلك أن حرية التعبير أهدافها التي يتصدرها بناء دائرة للحوار العام لا تنحصر مصادرها، ولا آفاقها، ولا أدواتها التي تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار؛ وتنقسم بتسامحها مع خصومها؛ ويرفضها لكل قيد يخل بمصدقيتها؛ واستجابتها بالإقناع لإرادة التعبير.

بما مؤده أن الآراء على اختلافها لا يجوز لجهاضها، ولا مصادرة أدواتها، أو فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها مغالية لقيم محدودة أهميها يروجونها، أو يحيطون ذبوعها بمخاطر يدعونها، ولا يكون لها من وضوحها وواقعها، ما يبرر القول بوجودها. كذلك فإن حرية التعبير هي الطريق إلى إيماء الشخصية الإنسانية بما يكفل تحقيقها لذاتها، والإسهام في أشكال مختلفة من ألوان الحياة ومظاهرها.

وكما تدخل المشرع بلا ضرورة، لتقييد عرض آراء بذواتها بقصد طمسها بالنظر إلى مضمونها Content - based abridgments، كان ذلك إصماتاً مفروضا بقوة القانون في شأن موضوع محدد انتقاء المشرع احتيازا، مائلا بالقيم التي تحتضنها حرية التعبير عن متطلباتها التي تكفل تدفق الآراء وانسيابها بنض النظر عن مصادرها أو محتواها، ودون ما اعتدأ بمن يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن إكراه البعض على القبول بآراء يعارضونها أو حملهم على تبنيها، لا يقل سوءا عن منعه من التعبير عن آراء يؤمنون بها أو يروجون لها.

وهو ما يعنى أن القسر على اعتناق بعض الآراء، أو إقناع غيرها، سوتان تناقضان مفهوم حوار يقوم على عرض الأفكار وتبادلها والإقناع بها.

كذلك فإن موضوعية الحوار، شرطها شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، بما يحول دون حجبتها أو تشويهها أو تزيفها.

وتعلق مفهوم الحوار بالقبول بآراء أو برفضها بعد موازنتها ببعض، وعلى ضوء حقائقها وإعمال حكم العقل بشأنها، موداه أن كل أقوال تتقدم معها فرص الحوار، كذلك التي تحرض على استعمال القوة أو تستثير نوازع العدوان عدد من يتلقونها إضرارا بالآخرين، لا يجوز إسنادها إلى حرية التعبير، وذلك بالنظر إلى لفترتها بمضار لا يجوز القبول بها، ولأن مفهوم عوض الآراء في سوق مفتوحة لتلقيها وتقييمها، لا ينسبط عليها.

كذلك فإن النظم الانتخابية جميعها، غايتها أن يكون للتصثيل وفقا لأحكامها متكافئا قدر الإمكان، وعرض المرشحين لأرائهم متوازنا، والنفاذ عنها مكفولا.

ولتسايهم إلى منظمة بذاتها، يفترض دعمهم لأهدافها في إطار الحوار والإقناع؛ وإعلانهم كذلك مصادر تمويل حملتهم الانتخابية، ومعدل الإنفاق فيها؛ ويخول للمشرع كذلك تنظيم زمن حملتهم هذه، ومكان إجرائها، بقصد ضبطها، وبغير إخلال بحريتهم في التعبير عن آرائهم، ودون تقييد لمضمونها.

وتدخل المشرع بما ينال من فرص الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، لا يقل سواء عن حرمان بعضهم أصلا -دون مموغ- من حق الاقتراع.

كذلك فإن الشروط التي يفرضها المشرع اعتسافا ليحدد بها من يكون مقبولا من المرشحين الذين يخوضون الحملة الانتخابية، تعكس ملبا على فرص تعبير الناخبين عن رغباتهم من خلال أصواتهم.

فلا يكون لها فعاليتها في شأن اختيار من يطمنون إليهم، وعلى الأخص في إطار نظم نقابية تتعدد حلقاتها، وتكدرج مستوياتها، وتكفل اتصال بعضها ببعض بما يصون ترابطها.

إذ كان ما تقدم، وكان حق العمال في المنظمة النقابية في الاقتراع والترشيح -يفترض انتسابهم إليها من خلال عضويتهم الثابتة بها- وكان تعدد الآراء داخل كل منظمة نقابية، قاعدة لكل تنظيم ديمقراطي، لا يقوم إلا بها؛ ولا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها؛ فإن تعليق حق

العامل بها في الترشيح لعضوية مجلس إدارتها، على شرط فوات عام على قيده بها، يكون مخالفا للمستور^(١).

الفرع الثامن

حق الحصول على العمل

٢٤٤- تدبر الدولة فرص العمل لمواطنيها في نطاق خدماتها الاجتماعية التي يرتبط ضماناتها بمواردها وإمكاناتها الذاتية، كي توفر خدماتها هذه بصورة متكررة ووفق قدراتها، وعن طريق تدخلها إيجابيا لصونها.

ولا كذلك موقفها من الحقوق السلبية -كالحق في الحياة وفي الحرية - التي يكتسبها أصونها مجرد الامتناع عن التدخل في نطاقها، بما يقيد أو يعطل أصل الحق فيها.

ولئن صح القول بأن الحقوق المدنية والسياسية، لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مجال توجهاتها أو عموم تطبيقاتها؛ وأن النوع الأول من الحقوق يعتبر مدخلا لثانيهما، وشرطا لتحقيق وجوده عملا؛ إلا أن الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق، تكمن في أصل نشأتها، وعلى ضوء مراميها.

ذلك أنه بينما تعتبر الحقوق المدنية والسياسية، من الحقوق التي تملؤها أدمية الإنسان وجوهره، إلى حد وصفها بخصائص بنى البشر، أو إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق

(١) يراجع في كل ما تقدم، القضية رقم ٨٣ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧- قاعدة رقم ٩٢ - من الجزء ١٢٦٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٤ - ص ١١٧٥ - وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ٢ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٦ - ص ٤٦٣ - ٤٦٥؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٧ - ص ١٤١٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن لمبدأ الحرية النقابية *la liberté syndicale* قيمة دستورية وفقا لقضاء المجلس الدستوري الفرنسي 49.R.p. 1983-20 D. C., 83- C. C. وينتهي هذا المجلس كذلك مبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي لشروط العمل وإدارة المشروعات.

Le principe de la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises [C.C. 77 - 79 D.C.. 5 Juillet 1977, R.p. 35].

وجودا من تكوين الجماعة التى لربط بها، فلا تتكامل شخصيته، ولا يوجد سويا بدونها، ولا يجب إلا بالقيم التى تشكلها؛ فإن ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للإنسان، توخى دوما تطوير أوضاع البيئة التى توجد فيها مستظلا بها، ليعيد تكوين بنيانها، عبر الأفاق الجديدة التى تقتضها.

وهى بحكم طبيعتها هذه، تتصل حلقاتها عبر الزمن، وعلى امتداد مراحل لا تفرضها الأهواء. بل تقررها الدول على ضوء أولوياتها. وبمراعاة مواردها.

وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن الحقوق المدنية والسياسية -بالنظر إلى قدمها واستقرارها فى الوجدان- لا يجوز النزول عنها، ولا التخلي عن مباشرتها، ولا أن يتعلق بقدام بها^(١)؛ وأن الفرد ما توخى بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية -التي تتأهض الفقر والجوع والمرض بوجه خاص- غير طلبها لتطوير الأوضاع التى يعيشها بما يحق رخاءه وخيره العلم؛ إلا أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية -بحكم طبيعتها هذه- يستحيل ضمانها لكل الناس فى آن واحد، بل يرتبط تحقيقها فى بلد ما بظروفها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسؤوليتها قبل مواطنيها، وإمكان دمجها بمطالباتها.

ولا تنفذ هذه الحقوق بالتالى فور طلبها، بل تنمو وتتطور وفق تدبير تمتد زمنا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعات نطاقها، ليكون تدخل الدولة بصفة إيجابية فى شأنها، متتابعاً؛ ولما فى أجزاء من إقليمها، منصرفاً لبعض مدنها وقراها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظللتها على المواطنين جميعهم. ذلك أن مسؤوليتها عنها، مناطها إمكاناتها، وفى الحدود التى تتيجها، ومن خلال تعاون دولى أحيانا^(٢).

(١) انظر فى ذلك المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١ التى تضمنى بأن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تشرع أية قوانين يمكنها أن تخل أو تعرقل مباشرة الحقوق الطبيعية والمدنية التى يكفلها الدستور.

le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte ou mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils garantis par la constitution.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥١٦- ٥٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

الفرع التاسع

معاش العامل ليس بديلا عن أجره

٢٤٥- لا تعتبر أجور العمال بديلا عن معاشاتهم، ذلك إن الالتزام لا يكون بديلا إلا إذا قلم المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مدينا واحدا تقرر البديل لمصلحته، وتبعا لثمنه إذا أداه بدل المحل الأصلي. ولا كذلك اجتماع الأجر والمعاش. ذلك إن الجهة التي يقع عليها الالتزام بتقديم المعاش، غير تلك التي تقدم الأجر، ولا يحل أحدهما محل الآخر بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا^(١).

فالحق في المعاش مصدره المبادئ نص القانون، وتلتزم الجهة التي تقرر عليها، بأن تؤديه إلى المؤمن عليه عند انتهاء خدمته وفقا للنظام المعمول بها. وهو يستحق عن مدة خدمة سابقة أدائها العامل بالجهة التي كان يعمل لديها قبل إحالته إلى التقاعد، ومقابل حصص أدائها في التأمين الاجتماعي وفقا للقواعد التي تقرر المعاش بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها.

ونذلك خلافا للأجور التي تعتبر رابطة العمل، المصدر المبادئ للحق فيها، والتي تستحق عن عمل جديد أداه العامل بعد تقاعده، في الجهة التي التحق بها. فلا يكون هذا العمل إلا سببا لاستحقاق تلك الأجور، وبإعائه إلى التعاقد مع الجهة الجديدة.

(١) "دستورية عليا" - لائحة رقم ١٦ لسنة ١٥ كضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٤ - من ٥٠١ من الجزء السادس، والقضية رقم ٥٧ لسنة ١٨ كضائية دستورية - جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٣ - من ٦٥٧ من الجزء الثالث. وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي كذلك قاعدة الجمع بين معاش التقاعد وأجر العمل المهني.

Commune de pension de retraite et de revenus d'une activité professionnelle [C.C. 85-200 D.C., 16 janvier 1986. R.p.9].

الفرع العاشر حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي

٢٤٦- ويندرج في إطار الشروط الموضوعية للعمل، ضمان حق العمال في الرعاية النفسية والصحية والوظيفية، وكذلك الحق في تعليمهم وتدريبهم وتأهيلهم بما يطور من ملكاتهم وقدراتهم. فضلا عن الحق في ضمان أمنهم اقتصاديا واجتماعيا^(١).

وإذا كان حق العمل وثيق الصلة بالملكية وبالحرية الشخصية، وبالحق في الإبداع كلما كان العمل ذهنيا؛ وكان الدستور قد حرص على صون هذه الحقوق جميعها، وحظر تقييدها بغير مسوغ مشروع؛ وكان حصول أعضاء الهيئات القضائية على المبالغ الشهرية الإضافية المكملة لمعاشاتهم الأصلية، يعتبر ضروريا لضمان الحد الأدنى من احتياجاتهم؛ فإن الحق في اقتضاء هذه المبالغ الشهرية الإضافية، لا يجوز أن يطق على شرط امتناع العضو عن العمل بعدد تقاعده، وذلك لأمرين أولهما: أن الحق في العمل من الحقوق التي كفلها الدستور فلا يجوز دمجها. ثانيهما: أن حرمان عضو الهيئة القضائية بعد تقاعده من العمل، مؤداه أن يركن إلى حياة راکدة مظلمة تتهاجم بها تلك القيم التي تعلو بقدر ١٠، يؤكد ارتقاءه ويعبر بتخلفها طاقة عاطفية تعرض أعباءها على غيرها^(٢).

الفرع الحادي عشر حقيقة ونطاق د. العمال في المكاسب الاشتراكية

٢٤٧- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا أن الدستور وإن كفل للعمال بنص المادة ٥٩، حقهم في مكاسبهم الاشتراكية، على تقدير أن دعمها والحفاظ عليها يعتبر واجبا وطنيا؛ إلا أن هذه المادة ذاتها قصرت عن بيان الحقوق التي تشملها مكاسبهم هذه، ولم تحل حتى إلى قانون لتحديدتها.

فلا يكون الدستور كافلا للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التي نص عليها، والتي يتساوون في طلبها، وبشرط أن تقابل هذه الحقوق والمزايا بواجباتها، وألا تتماثل عليهم بغير جهد منسجم يقارنها ويعادلها، وإلا أخل اقتضاؤها بالثروة القومية وأضر بها بصورة فادحة.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٤٤ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣٩ - ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

وهو ما تؤيده ديباجة الدستور ذاتها التي تقرر بأن للتطوير الدائم لأوضاع الحياة في الوطن، ينبغي أن يكون نهجا متواصلا وعملا دمويا، مرتبطا بإطلاق الجماهير لطاقتها ومكائنها، فلا يكون إسهامها حضاريا وإنسانيا إلا عن طريق العمل وحده.

ولكن حدد الدستور بنص المادة ٢٣، الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها خطة التنمية، ومن بينها زيادة فرص العمل، وتقرير حدين للأجور لا تقل فيه عن أثمانها، ولا تربو به على أعلامها، ضمانا لتوازن الدخل وتقريبها فيما بينها؛ إلا أن هذه المادة ذاتها تقيم رابطا وثيقا بين الأجر والإنتاج، فلا يكون الأجر ومزاياه، إلا من ناتج العمل وبقدره.

وتترد المادة ٢٦ من الدستور هذا المعنى كذلك من خلال ضمانها العمال نصيبا في إدارة مشروعاتهم وفي أرباحها، يقتزن بالتزامهم بتنمية الإنتاج والمحافظة على أوائها، وتنفيذ الخطة الاقتصادية لدخل وحداتهم وفقا للقانون.

وهو ما يعنى أن للحقوق أسبابها ولوائها شرائطها، فلا يكون طلبها لازما إلا باستيفائها.

ولقد حرص الدستور بالنصوص التي تضمنها، على أن تكون التنمية طريقا وهدفا، وأن تكون وسائلها أعون على إنفاذها، وأن يكون التكامل بين مرحلتها وعيها عيقا.

بل إن ديباجة الدستور تؤكد أن قيمة الفرد -التي ترتبط بها مكانة الوطن وقوته- مردها إلى العمل، وأن الفضال من أجل الحرية يقتضى أن يكون دور المواطنين في تثبيتها فاعلا.

وإذا صح القول بأن الحرية السياسية والحرية الاقتصادية متكاملتان، فإن العمل -وكما كان مبررا من الاستغلال- يصير طريقا لتحرير الوطن والمواطن. ولا يجوز بالتالي أن يقتن بمزايا لا يرتبط عقلا بها.

وإذا كان ما تقدم هو الشأن في الحقوق والمزايا التي كفلها الدستور للعمال بنصوص صريحة لا لبس فيها؛ فإن ما يقرره المشرع العمال من حقوق ومزايا لا نص عليها في الدستور، مرجعها إلى سلطة التقديرية، ولازمها أن يكون بيده وحده شروط موضوعية -أمر إيقائها أو إلغائها^(١).

(١) دستورية عليا -التضحية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٣٦٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

المطلب الرابع قانون الأحوال الشخصية

٢٤٨- يتحدد الإطار العام لهذا القانون -وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا- في عدد من المسائل التي واجهتها، وعلى الأخص تلك المنطقة بنطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور؛ وحدود الاجتهاد في مسائل الشريعة الإسلامية؛ ونطاق سلطة ولي الأمر في ذلك.

فضلاً عن القواعد التي أرسنها هذه المحكمة، لتوحد بها بين الأمرين المسلمة والقطعية فيما لا يخل بركائز العقيدة لكل من هاتين الشريعتين.

الفرع الأول نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور

٢٤٩- شجر النزاع حول دلالة نص المادة الثانية من الدستور بين المعنيين بتطبيق الشريعة الإسلامية لتحكم الحياة القانونية في مصر؛ وبين الذين يعارضون هذا التطبيق، أو على الأقل لا يضعونه موضع الإلزام.

وتردد هذا النزاع بين نظريتين رئيسيتين؛ تعطى أولاًهما: مبادئ الشريعة الإسلامية قوة مطلقة كي تحكم النصوص القانونية جميعها، حتى ما كان منها سابقاً على العمل بنصوص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها. بما يقتضاه أن ترد إليها الأحكام العملية جميعها، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إطراحها، إذ هو ملزم بتحريمها حتى لا ينقضها أو يعارضها. ولا مجال بالتالي للقول بأن الرجوع إلى مبادئها هذه، قد أتى في مقام الإرشاد والتوجيه^(١).

وتقرر ثانياًهما: أن مبادئ الشريعة الإسلامية غير نافذة بذاتها، ولها في حقيقتها دعوة إلى المشرع كي يوفق معها النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها. وهي بعد دعوة يتمثل فيها

(١) د. عوض محمد عوض-دراسات في الفقه الجليلي الإسلامي- ص ٩٢ من الطبعة الثالثة الصادرة عام ١٩٨٣ من دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع بالكويت.

والنظر كذلك الدكتور/ سامي جمال الدين، في مؤلفه تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ص ١٤٨ من طبعة ١٩٨٦ -منشأة المعارف بالإسكندرية. وكذلك الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار- منخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٩ ص ١٥٥.

على ضوء أوضاع الجماعة وظروفها. فلا يقبل عليها إلا بقدر، وفي صورة متكررة كي يكون التغيير متعلّق الخطى.

وأساس ذلك أن هذه المبادئ لا ترقى عند هؤلاء إلى قوة القواعد القانونية الملزمة، إلا إذا تدخل المشرع وقتئها. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن النصوص القانونية القائمة تنطّل معمولاً بها ولو شابها عوار مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك إلى أن يتدخل المشرع لتغييرها بما يطهرها من عيوبها^(١).

٢٥٠- ولم تقبل المحكمة الدستورية العليا أيّاً من هذين المنهجين. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في شأن النصوص القانونية جميعها، ما كان منها سابقاً أولاً حقاً على تعديل نص المادة الثانية من الدستور، ينقض ما قصده الدستور من إيرادها. ذلك أن مصدر الشيء يتقدم وجوده ولو بلحظة زمنية قصيرة. ومصادر الحقوق هي وقائعها التي تنشئها، أو هي أسبابها التي تنتجها. وهي بذلك تتقدم الحقوق التي تولدت عنها، مثلها في ذلك مثل من يردون بئراً للسقياء، إذ يتعين أن يكون موجوداً قبل توجيههم إليه.

وإذا كان نص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها يقضى بوجوب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما تقرأ أو تصدره السلطان التشريعية أو التنفيذية من النصوص القانونية، فإن هذه المبادئ -رقد جطلها الدستور مصدراً لهذه النصوص- تعتبر قيداً عليها من وقت اعتبارها منهلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠.

ولا كذلك النصوص القانونية السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور. فلم تلزمها هذه المادة بالرجوع إلى تلك المبادئ كي تستقى أحكامها منها، أو حتى لا تخرج -على الأقل- في مضمونها عنها.

(١) اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في الحكم الصادر عنها في ٣ إبريل ١٩٨٢ في الطعن المرفوع إليها والمقيد بجوابها تحت رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ القضائية. نظر في عرض دلالة نص المادة الثانية على الدستور تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٨ لسنة ٣ القضائية للمستشار الدكتور/ عوض المر وكذلك من ٢٢١ وما بعدها من رسالة الدكتوراه للمستشار بالمحكمة الدستورية العليا الدكتور/ عادل عمر شريف، وعولها القضاء الدستوري في مصر.

ثانيهما: أن الدستور لا يصوغ أحكامه على سبيل التخيير بين القبول بها أو اطرأها. وإنما تتحل جميعها إلى قواعد أمره تفرض نفسها على الدولة والكافة وفق مضمونها وفي حدود أغراضها. وتظل النصوص التشريعية التي تصدر على خلفها، قائمة إلى أن تبطلها المحكمة الدستورية العليا، فلا يقع ذلك الفراغ التشريعي الذي يتخوفونه، وعلى الأخص بالنظر إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تغاير في مضمونها مطلق أحكامها. إذ ترتك هذه المبادئ في بنائها إلى كل قاعدة شرعية كلية لا نزاع في مصدرها أو دلالتها.

ويتعين بالتالي التمييز بين مبادئ الشريعة الإسلامية من جهة؛ وبين أحكامها التفصيلية التي اجتهد الفقهاء في بيانها. فأصابعهم أو جانبهم للتوفيق في عرضها. ذلك أن الاجتهاد (إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه، أو فيما ورد به نص يحتمل التأويل. ولا كذلك مبادئ الشريعة الإسلامية القطعية في ثبوتها ودلالتها.

وعلى ضوء هذين الاعتبارين، قررت المحكمة الدستورية العليا أن حكم المادة الثانية من الدستور -بعد تعديلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠- يدل على أن الدستور فرضها كقيد على المشرع في شأن النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها بعد هذا التعديل، كي لا تتلصص هذه النصوص -في مضمونها- للقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية التي تمثل ركائز بنائها، وهي أصولها الثابتة التي لا يجوز تحريفها، والمقطوع بثبوتها ودلالتها، والتي لا تقبل اجتهدا ببدلها أو بحورها، بالنظر إلى علوها على كل قاعدة تشريعية تعارضها^(١).

على أن يكون ملحوظا أن تنقية السلطة التشريعية للقوانين القائمة مما يشوبها من عوار خروجها على أصول الشريعة ومبادئها الكلية، ليس مشروطا لإعمال نص السادة الثانية من الدستور، وإنما اقترن تعديل هذه المادة، بدعوة السلطة التشريعية إلى أن تأخذ هذه المهمة على

(١) "دستورية عليا" -القطعية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقطعية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٥ -ص ٢٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقطعية رقم ٢٦ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١١/١٦/١٩٩٦ -قاعدة رقم ١١ -ص ١٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقطعية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٧/٥ -قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

عانتها، ويحثها على أن توليها اهتمامها، وإن كان تسليها عن مباشرة هذا الاختصاص بثير بالضرورة مسئوليتها السياسية.

الفرع الثاني

افتتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية للخلافة

٢٥١- لم تكن الدعوة إلى قفل باب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية عملاً صائباً ولا نهجاً حميداً.

ذلك أن الأحكام العملية جميعها متطورة بالضرورة لأنها تواجه الناس في احتياجاتهم المتغيرة ومصالحهم المختلفة.

فلا تكون موالاة للنظر فيها، غير تطوير للشريعة الإسلامية يكفل مرونتها ويعطيها روالاً جديدة تصلحها لمواجهة التوازل على اختلافها، وتأخذ بكل مصلحة معتبرة شرعاً، فلا تسقطها من حسابها لمجرد أن الأقدمين أغفلوها، أو لم يقوموا لها وزناً. وفي ذلك ضمان لتجدد الشريعة وتنفق بنابهم إرواء لأرض عطشى إلى اجتهاد يبسر على الناس لأحوالهم، ولا يوقعهم في الحرج.

وما الاجتهاد غير إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه؛ وهو كذلك ليس تشبهاً أو إنكاراً لما علم من الدين بالضرورة. بل نظراً عميقاً في الشريعة الإسلامية، واتصالاً بمقاصدها النهائية، والالتحاما لمسائلها من خلال رد الأمر المتنازع إليه إلى الله ورسوله.

وهي بذلك لا تقبل جموداً يبقوها عند لحظة زمنية بذاتها جاوز التطور مفاهيمها؛ ولا تقيداً بآراء بذواتها ليس لها من نفسها ما يعصمها من العدول عنها، ولا تصلباً عقيماً يتجاهل ما طرأ على الأوضاع القائمة من تغيير. فلا يكون ثباتها على حال واحدة لا يبدل فيها، غير نكول عن حق أولى بالاعتبار.

ولئن صح القول بأن أصول الشريعة للكلية ومبادئها الكلية، تبلور إطارها العام، وإنها تفرض نفسها على كل قاعدة قانونية على خلافها لتردمها إليها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأحكام الظنية غير مقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معاً، فإن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها لضمان مرونة الشريعة وحيويتها، فلا تجمد معطياتها، أو تتحجر قواها.

على أن يكون مفهوماً أن الاجتهاد ليس فقراً في الفراغ، بل يتعين أن يكون واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة، كإفلاصون مقاصدها النهائية بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والعقل والنفس والعرض والمال؛ متحرراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية التي تكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحلل بشؤونهم، ولكل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها، وبما يلائمها.

وليس الاجتهاد في أية حال محض تقليد لأراء الأولين، ولا اقتراء على الله كذباً بالتأويل والتحرير؛ ولا عزوفاً عن أحوال الناس والمصالح من أعرفهم، ولا نهياً على التأمل والتبصر في دين الله تعالى؛ ولا إنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، وأن اجتهاد أحد من الفقهاء، ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره.

ومن ثم صرح القول بأن آراء الفقهاء على اختلافها، لا يجوز النظر إليها باعتبارها شرعاً لا بنقض، وإن ما يصلح منها لمواجهة الأوضاع المتغيرة، ليس بالضرورة ألواها حجة، بل قد يكون أضعفها تأصيلاً، أفلحها لمواجهة حالة قائمة؛ فلا يجوز إهداره، ولو كان مخالفاً ألقوالاً لفقهاء آخرين اطرد العمل بها في زمن معين.

الفرع الثالث

حق ولي الأمر في الاجتهاد

٢٥٢- ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح العباد -عن طريق الأدلة العقلية والعقلية- حق لأهل الاجتهاد؛ فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولي الأمر يستعين عليه على كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها- بأهل النظر في الشؤون العامة، إغماراً للشائرة، وبما يرفع للتنازع والتناحر، ويبطل الخصومة.

ويتعين دوماً أن يكون واضحاً في الألمان أن اجتهادات السابقين، لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً ووحيداً لاستقاء الأحكام العملية منها.

بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلافها بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلماً في ذلك حقيقة أن المصالح المعتمدة، هي تلك التي تكون متلائمة مع مقاصد الشريعة، موافقة لها، وبشرط أن يرجح ولي الأمر عدد الخيارات بين أمرين، ليسرهما ما لم يكن إثماً، فلا

يشرع حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم ويعسر أمرهم إعمالا لقوله تعالى 'ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين حرجا'.

بما مؤداه أن الاجتهاد حق لولى الأمر في الدائرة التي شرع فيها، ليكون كسافلا للشرعية تماسكها ومرونتها، واتصال أصولها بفروعها، وثمارها بجنورها بما يعينها على اكتمال دوائها. وليس لولى الأمر بالتالى أن يتقيد بأراء بذاتها لا يريم عنها، خاصة وأن الصحابة والتابعين، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد، طلبا لنفعهم أو دفعا لضرر عنهم، أو رفعا لخرج يصيبهم^(١).

الفرع الرابع حضانة الصغير

٢٥٣- لأن أحال المشرع في شأن الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين -وفي إطار القواعد الموضوعية التي تنظمها- إلى شرائعهم مستازما تطبيقها دون غيرها في كل ما يتصل بها؛ وكان الدستور قد أورد أحكاما رئيسية في شأن الأسرة تؤكد أن الحق في تكوينها لا ينفصل عن الحق في صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدةها، أو يؤثر سلبا في ترابطها أو في القيم والتقاليد التي تتصهر فيها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأسرة المصرية تحكمها قواعد وقيم لا تقطع لجرائنها بتصدرها إرساء أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ وكان ثابتا كذلك أن هذه الأسرة لا يصلحها اختيار سن الحضانة لا يتحدد وفقا لتغير الزمان والمكان؛ ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة ممن لها عليهما حق الحضانة بما يروع المحضونين أو يحتشم أو يشق عليهم؛ وكان لا يجوز إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعا لذكورتهم أو أنوثتهم أو خصائص تكوينهم؛ ولا أن يمايز المشرع فيما يتعلق بسن الحضانة -التي لا يتصل تحديد بدايتها ونهايتها، بأصول العقيدة وجوهر أحكامها- بين المصريين تبعا لديانته؛ وكان الصغير

(١) 'مستورية عليا' -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤١ - ٦١١ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٩ قضائية دستورية- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ١٠٢ ص ١٣٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية- جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٠ ص ٣٢٥-٣٥٣ من 'جزء السابع؛ والقضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤١ ص ٥٦٩ - ٦٦١ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٣ لسنة ٦ قضائية دستورية- جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٦ ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء السابع.

والصغيرة يحتاجان معا في شأن حضانتهم، إلى خدمة النساء وفقا لقواعد موحدة لا تميز فيها؛ فقد تعين أن يتحد المصريون في القواعد التي تحكم من الحضانة، والتي لا شأن لها بالأصول الكلية لعقائدهم على اختلافها، وإنما هي أوثق اتصالا بمصلحة الصغير أو الصغيرة اللذين تضمهما أسرة واحدة، وإن بعد أبواهما عن بعضهما البعض^(١).

الفرع الخامس

في مسائل الولاية على النفس

٢٥٤- تحديد من الولاية على نفس الصغير، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين؛ وكان هذا التحديد أوثق اتصالا بمصلحة الصغير في مسألة لا تتصل بأصول العقيدة وجوهر بيانها؛ وكان لا يجوز في غير المسائل التي حسمتها نصوص دينية مقطوع بثبوتها ودلائلها، أن يمايز المشرع في مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانتهم، تقديراً بأن الأصل هو تساويهم جميعاً كفى الحقوق التي يتمتعون بها وكذلك على صعيد واجباتهم؛ وكانت الأسرة القبطية هي ذاتها الأسرة المسلمة فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما، تجمعهما للقيم والتقاليد عينا، وإلى مجتمعهم يفنون تعبيراً عن انصهارهم في إطار أمتهم، ولأهم عن اصطناع الفواصل التي تفرقهم؛ فقد صار لازماً ألا يمايز المشرع بينهم في مجال الولاية على النفس التي تتحد مركزهم بشأنها، سواء في موجباتها أو حد انتهائها، وإلا كان هذا التمييز مغفلة عن الحدود المنطقية التي ينبغي أن يترسما، ومغالفاً بالتالي لنص المادة ٤٠ من الدستور، ومجاوزاً كذلك الحق في الحرية الشخصية التي يكون التماس وسائلها -يرتدج انتهاء الولاية على النفس تحتها- مطلباً لكل مواطن وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور.

وقد دل الدستور بالمواد ٩، ١٠، ١١، ١٢ على أن للجماعة مقوماتها الأساسية التي لا يجوز أن يعزل بنوان الأسرة عنها، باعتبار أن تكوينها وصونها على امتداد مراحل بقائها، أكفل لوحدها، وأدعى لاتصال أفرادها ببعض من خلال روابط لا انقطاع لجرياتها يتصدرها إرساء

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ -بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- على أن حق حضانة النساء تنتهي ببلوغ الصغير من العاشرة، وبلوغ الصغيرة لثنتي عشرة سنة. ويجوز للقاضي بعد هذه السن، إبقاء الصغير حتى في سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج، ففى بد الحضانة، ودون أجر حضانة، إذا تبين أن مصلحةهما تقتضى ذلك. وتتعلق هذه المادة بالمصريين من المسلمين، ولكن المحكمة الدستورية العليا طبقها على المصريين جميعهم بغض النظر عن ديانتهم.

أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ والتوفيق بين عمل المرأة في مجتمعها وواجباتها في نطاق أسرتها؛ وبمراعاة طابعها الأصلي بوصفها الوحدة الأولى التي تكفل لمجتمعها تلك القوم والتقاليد التي يستظلون بها.

وهذه الأسرة ذاتها ترفض النظر عن عقيدة أطرافها - لا يصلحها مباشرة الأولياء لولاياتهم على أنفس الصغار دون ما ضرورة، ولا مجاوزتهم مقلد ولايتهم هذه بما يخرجها عن طبيعتها، ويمزجها بالولاية على المال في سبب نشوئها أو انتهائها.

وإنما ينبغي أن يكون لكل من هاتين الولايتين دولتها وشروط اقتضاها، وشرط ذلك أن يكون للولاية على أنفس الصغار زمنها، فلا يكون بقاؤها مجاوزاً تلك الحدود الملتصقة التي تقتضيها مصلحتهم في أن يمارس أولياؤهم عليهم إشرافاً ضرورياً لتقويمهم، ولا أقل مما يكون لازماً لاعتمادهم على أنفسهم في مجال الاتصال بالحياة، وولوج طرقاتها واختيار أنماطها. ومن ثم يكون بلوغ الصغير بلوغاً طبيعياً كافياً لزوالها، وإلا كان بلوغ السن التي ينتهي عندها لتكبير أمره، منهيها لها.

وتلك هي القاعدة الموحدة التي ينبغي لكل أسرة التزامها، ضماناً لترابطها واتساق نمذجها مع مجتمعها^(١).

(١) "مستورية عليا" - لقضية رقم ٧٩ لسنة ٢٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ - قاعدة رقم ١١-٣/٧٠

الفصل الحادي عشر

الرقابة القضائية على الدستورية

المبحث الأول

القواعد الكلية التي تحكمها

٢٥٥- ترتبط القواعد الكلية للرقابة على الدستورية، بالمفاهيم التي لا تتحول عنها الجهة القضائية التي تباشر هذه الرقابة، لتصل على ضوئها في دستورية النصوص للقانونية. إذ هي معايير موحدة لا تتباين تطبيقاتها، ولا يتصور أن يثور حولها جدل ذو شأن، وأهمها:

أولاً: ضمان الوحدة العضوية لنصوص الدستور

٢٥٦- نصوص الدستور لا تتهاشم أو تتكافر ولا تتعزل عن بعضها. بل يضمها رباط منطقي يوفق بين معانيها، ويزيل شبهة تعارضها، ويكفل انساقها والأغراض النهائية التي يقوم للدستور على تحقيقها.

وهو ما يرد نصوص الدستور إلى وحدة عضوية تتواصل أجزاؤها، ويفترض ذلك تألفها في معانيها، وتضافرها في توجهاتها^(١).

ثانياً: وجوب التوفيق بين نصوص الدستور

في إطار تكاملها

٢٥٧- وإذا كان الأصل في نصوص الدستور هو كفالتها حقوق الأفراد وحرياتهم، فإن مبادئ الدستور بها لا يكون إلا بنص خاص فيه يفسر تفسيراً ضيقاً. ومن ذلك أن ما تقرر لمسي الدستور للعمال والفلاحين من مقاعد في المجالس التمثيلية لا يقل عن نصفها؛ ومن مصاندة أموال أسرة محمد علي؛ ومن قصر حق اللجوء إلى القاضى الطبيعي على المواطنين. ويتعين بالتالى تأويل نصوص الدستور هذه، بما يوفقها -وكما كان ذلك ممكناً- مع أحكامه.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٢٥ ق "دستورية" -جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٥ ص ١٤٨ من الجزء السادس.

فالأصل في المواطنين هو تساويهم أمام القانون. فإذا أفرد الدستور ميزة لبعضهم بما يقيمهم في شأنها على مواطنين آخرين، تحين تحديد المنتفعين منها بصورة دقيقة لضمان حصر دائرة تطبيقها في حدود ضيقة.

كذلك فإن ما يقرره الدستور من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرارات مجلس قيادة الثورة التي تقضى بمصادرة أموال أسرة محمد علي، يناقض كفالة حق المواطنين في النقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، ويخل كذلك بحق أفراد هذه الأسرة على أموالهم التي تلقوها وفقاً للقانون. ولا توفيق بين هذه المصادرة والحقوقي التي مستها، إلا من خلال النظر إلى هذه الحصانة باعتبارها تدبيراً استثنائياً يتقيد بمبرراتها. ولا يحوز بالتالي تطبيقها على حقوق الملكية التي كتبها أصحابها بطريق مشروع وفقاً للدستور أو القانون؛ ولا اعتبارها نكالا بأفراد هذه الأسرة من خلال مصادرة تحيط بأموالهم جميعاً، فلا يبقى منها بعدد ما يعولون عليه في معاشهم.

ولما يتحى أن يكون لهذه الحصانة نطاقها المنطقي في إطار علاقة مفهومة تربطها على الأخص بأهدافها، فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة نافيًا لوجودها، ولا مهدداً حقها في الحياة، ولا معطلاً جريان حقوق لا صلة لها بأموال يقال بأنها انتهت. ويندرج تحتها أموال لا شأن لهذه الأسرة بها، بل تلقاها عن غير طريقها أشخاص ينتمون إليها، أو اكتسبها أعيان لا يعتبرون من أعضائها. وهو ما يعنى موازنة المصادرة التي قررها الدستور في شأن أفراد هذه الأسرة، بحقوق الملكية التي كفلها للمواطنين جميعهم، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنيلها إلا إذا تحرر اقتصادنا من طلبونها، وكان يوسعهم بالتالي الاستقلال بشؤونهم والسيطرة عليها^(١).

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "مستورية" -جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -القاعدة رقم ٦٢ -س ٩١٦ - ٩١٨ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" -جلسة ٢/٨/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥١ -ص ٧٩٢ -٧٩٣ من الجزء الثامن. حيث رفضت المحكمة نقض حقوق الملكية الخاصة التي كفلها الدستور والإخلال بحرماتها، بناء على ما ادعاه الطاعنون من قيام المجتمع على أساس التضامن الاجتماعي، ومن تأسيس النظام الاشتراكي الديمقراطي، على الكفالية والعدل.

ثالثاً: علو نصوص الدستور على ما سواها

وامتناع تدرجها فيما بينها

٢٥٨- وبظل الدستور -رأياً كان مضمون قواعده- معتلياً للنصوص القانونية جميعها إذا كان مدوناً جامداً، ولو كان رجعياً ولید أفكار مذهبية عقيمة هجرها الزمن؛ أو كان قد أقرط فسی الحقوق التي كفلها للدولة في علاقتها بمواطنيها.

ولئن كان الدستور قانوناً بالمفهوم العام لكلمة القانون، إلا أن الدستور يعتبر قانوناً أساسياً يتصدر النصوص القانونية ويتقدمها حتى ما كان منها من طبيعة أمر لا يجوز الاتفاق على خلافها^(١).

ونصوص الدستور هذه، لا تتركج فيما بينها، حتى لو قبل بتفاوتها في أهميتها.

ذلك أن أهميتها هذه، تقابل دورها في الحياة الاجتماعية. وهي تعمل مع غيرها من نصوص الدستور في إطار منظومة متكاملة تتناغم في قيمها وتوجهاتها، وتتعاون في تحقيق الأغراض النهائية المقصودة منها.

وتظل الحماية التي تكفلها لحقوق المواطنين وحرياتهم واحدة في درجتها ومنزلتها وإمكان اقتضاها.

ولا كذلك النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، إذ تتركج هذه النصوص فيما بينها، ليعلو بعضها البعض في إطار منظومة هرمية تنقيد فيها كل قاعدة قانونية بتلك التي تحلوها فسی مدارج هذه المنظومة، فلا تخرج عليها بل تعمل في إطارها^(٢).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق "مستورية" -جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -تساعده رقم ١٥ -ص ١٤٦- ١٤٨ من الجزء السادس والقضية رقم ١٣ لسنة ١١ ق "مستورية" -جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣١ -ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -القاعدة رقم ٥١ ص ٧٩١ - ٧٩٢ من الجزء الثامن والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق "مستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ -ص ١٥٠- ١٥١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

وإذا كان الخروج على الدستور، يطرَح بالضرورة "مستورية" النصوص القانونية المخالفة لأحكامه، فإن مجاوزة غير الدستور من الوثائق القانونية، يستتبع الفصل في مشروعية الخروج عليها.

ولئن صح القول بأن نصوص الدستور لا تتميز قانوناً أو تتفاضل فيما بينها، حتى مع تفاوتها في أهميتها العملية أو قيمتها الواقعية، وأن نصوص الدستور جميعها تنظمها قائمة واحدة في مرتبتها، إلا أن الحقوق والحريات التي كفلها لا تتفصل عن بعضها البعض. ذلك أن كل حق أو حرية يعتبر متخللاً لغيره، أو موطناً لتقرير وسائل حمايته. وتشدّها إلى بعضها الأغراض النهائية التي تتوخاها. ويتقضى مجالاتها الحيوية تساندها فيما بينها، لتعمل جميعها في إطار التقسيم التي يحتسبها الدستور.

ومن ثم لا تتميز نصوص الدستور فيما بينها، ولو قدم الدستور - في الطريقة التي رتبها بها - حقاً أو حرية بذاتها على غيرها^(١).

رابعاً: النظرة الأشمل لنصوص الدستور

في الطريق لفهمها

٢٥٩- لا يجوز أن يدور الفصل في المسائل الدستورية، حول جوانبها الجزئية، ولا أن يحوم حول أسوارها الخارجية دون نفاذ إلى أعماقها، ولا أن يفصل مقدماتها عن نتائجها، ولا فروعها عن أصولها، ولا أن يعمد إلى تجزئة نصوص الدستور، ولا إلى عزلها عن القيم الكامنة وراءها، أو الأغراض النهائية التي تتعاون على تحقيقها، ولا تحيلها بعيداً عن النظرة الأشمل لها على ضوء القضاء المقارن والحقائق التاريخية التي أخرجتها من رحمتها.

لذا استقام لجهة الرقابة على الدستورية فهم خصائص المسائل الدستورية المطروحة عليها، أعانها ذلك على تحديد نطاق الخصومة الدستورية، وحقيقة المطاع المثارة فيها بصورة لئق، ونطاق المصلحة الشخصية التي وجهتها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ٦ ق "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - مساعدة رقم ٣٧ - ص ٣٥١

من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وكما قرر الدستور قاعدة تعتبر أصلاً في المبادئ التي تحكمها، كالنص في الدستور على الحق في الحياة وعلى ضمان الحرية الشخصية كأصليين يمنعان كافة القيود غير المبررة على البدن؛ ويرفضان معاملة الشخص بطريقة غير إنسانية؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ فإن فهم هذه الفروع جميعها وإعطاءها دلالتها، يقتضى إرجاعها إلى أصل الحق في الحياة وفي الحرية الشخصية للأذين بحكمتها^(١).

كذلك، فإن النظرة الأشمل للنصوص الدستورية، هي التي ترد إلى هذه النصوص جميعها، صور العوار المتعلقة بالنصوص القانونية المطعون عليها. ذلك أن تحقق المحكمة الدستورية العليا من وجود صور للعوار المدعى بها أو تخلفها، يقتضيها أن تسلط عليها نصوص الدستور جميعها، حتى إذا بان لها خلو النصوص المطعون عليها، من كافة مظان عيوبها؛ حررتها من شبهة مخالفة الدستور.

خامساً: ما لا يدخل في تقييم دستورية النصوص القانونية

٢٦٠- تتحصر مخالفة النصوص القانونية للدستور في صور بنواتها يدرج تحتها:

١- أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يرتبط بما إذا كان المشرع قد صاغها وفق معيار من ضمانات الاتساع لأوضاع تتباين ظروفها، أم أفرغها في صورة جامدة توحيداً لفروض تطبيقها^(٢).

٢- تعدد الوثائق ذات القيمة الدستورية، لا يمنع من ضمها إلى بعضها. ذلك أن اجتماع حقوق المواطنين وحررياتهم في وثيقة واحدة، أو تفرقها بين وثائق متعددة، قد يكون مبرراً بالحقائق التاريخية، أو بغير ذلك من الأوضاع الخاصة التي قارنتها، بما في ذلك الوسائل الفنية لصياغتها.

(١) "دستورية عليا" -القتضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ -قاعدة رقم ٦٦ ص ١٦٧ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القتضية رقم ٣٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ -قاعدة رقم ١٢/١٢ ص ١٧٥ من الجزء الثامن.

ولا شأن بالتالى لهذه الحقائق أو الأوضاع أو الوسائل بمرتبة هذه الوثائق، ولا بوجوب الرجوع إليها، والتوفيق بينها^(١).

٣- تخلى السلطان التشريعية أو التنفيذية عن واجباتها أو تفريطها فسي مسئوليتها قبل مواطنيها، مؤدها تسلبها من تنظيم بعض الحقوق والحريات التي لا يكتل الانتفاع بها بغير تدخلها. ويعتبر هذا الانتفاع مخالفا للدستور، ولو قيل بأن مسئولية تقويم ذلك الامتناع -في كل صوره- مردها إلى هيئة الناخبين.

٤- ما نقضى به المادة ١٩٣ من الدستور من أن يبقى صحيحا ونافذا كل ما تفرته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور، لا يتوخى غير مجرد استمرار العمل بنصوصها دون تطهيرها مما قد يشوبها من عوار يبطئها، وبما لا يحول دون تعديلها أو إلغائها وفقا للدستور^(٢).
٥- لا شأن لدستورية النصوص القانونية، بالكيفية التي يتم بها تطبيقها، ولا بالصورة التي فهمها بها القائمون على تنفيذها^(٣).

٦- ليس لازما لتقرير مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور، أن تتجه إدارة المشرع إلى الخروج على أحكامه. وإنما يكفي لإبطالها، أن يكون خروجها على الدستور، مبناه خطأ السلطة التشريعية أو التنفيذية في التقدير؛ أو سوء فهمها للدستور؛ بل ولو كان وقوع المشرع في هذه المخالفة قد تم بطريقة عرضية غير مقصودة.

٧- لا شأن للرقابة على الشرعية للدستورية، بالسياسة التشريعية التي استمسيها المشرع لتنظيم أوضاع يواجهها، كلما كان تنفيذها -من خلال النصوص التي أقرها- لا يصادم حكما فسي الدستور^(٤).

(١) دستورية عليا -القضيه رقم ٣٥ لسنة ٩ ق/مستوريه- جلسه ١٩٩٤/٤/٤ -قاعده رقم ١٦/٢٧- من ٣٤٤ من الجزء السادس.

(٢) القضيه رقم ٣ لسنة ١ قضائيه -مستوريه عليا- جلسه ١٩٧١/٣/٦ -قاعده رقم (١) من ٣ من القسم الأول من مجموعه أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعاوى الدستوريه.

(٣) 'مستوريه عليا' -القضيه رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق/مستوريه- جلسه ١٩٩٨/٣/٧ -قاعده رقم ٤/٨٩، ٥ -من ١٢٢٠ من الجزء الثامن.

(٤) 'مستوريه عليا' -القضيه رقم ١٩ لسنة ١٩ ق/مستوريه- جلسه ١٩٩٨/٣/٧ -قاعده رقم ٥/٨٨ -من ١٢١٢-١٢١٣ من الجزء الثامن.

٨- للنصوص القانونية بواعثها التي لا يجوز أن تخوض فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية. على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن بواعثها هذه كثيرا ما تختلط بالأغراض التي يتوخاها المشرع، لتحدد قدر أو درجة انحرافها عن المصلحة العامة. فلا يكون للتحقيق في بواعثها تلك، غير دليل إما على سوء استعمال المشرع لمسلطته، أو على تقييده بضوابط مباشرتها.

٩- كذلك فإن احتكام المشرع لحكم العقل فيما يراه تنظيما تشريعيا موافقا للدستور، قد يناقض التقدير القضائي لها. فلا يعد بغير هذا التقدير في تقرير دستورتها.

١٠- يفترض إلغاء المشرع لنصوص قانونية بذواتها، أن تكون أداة إلغائها صحيحة وفقا للدستور. فإذا قام الدليل على بطلانها بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، لم يعد لها من أثر في مجال إنهاء العمل بالنصوص القديمة. وإنما تبقى على حالها، وتعامل بالفترض أن تغييرا لم يطرأ عليها^(١).

١١- إذا نظم للمشرع من جديد الموضوع الذي سبق أن تقررت قواعده بتشريع سابق، اعتبر ذلك إلغاء ضمليا للنصوص القديمة، لتحل محلها النصوص الجديدة من تاريخ العمل بها. وذلك عملا بنص المادة الثانية من القانون للمدنى. فإذا كانت النصوص القديمة معيبة لمخالفتها الدستور، فإن شوائبها تتعلق بها وحدها، ولا تنسحب إلى النصوص الجديدة التي تستقل عنها، والتي أحلها المشرع محلها^(٢).

١٢- تتعلق الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بالنصوص القانونية التي قام وجهه لإبطالها بالنظر إلى مخالفتها للدستور. ذلك أن تعييبها لا يفترض ولو لم تقرها السلطة التشريعية أو تصدرها السلطة التنفيذية في الصورة التي يتوقعها المواطنون.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٨ لسنة ٦ ق "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/١٠٥ - ص ١٣٩٢ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٤ لسنة ١٢ ق "مستورية" - جلسة ١٢/١٢/١٩٩١ - قاعدة رقم ٣/١٣ - ص ٧٤ من المجلد الأول من الجزء الثامن.

١٣- لا يجوز التمييز في مجال الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فسي النصوص القانونية، بين شكلية جوهرية وأخرى ثانوية. ذلك أن الشكلية التي يقتضيها الدستور واحدة فسي أهميتها ودرجتها، وضرورة النزول عليها.

ويتعين بالتالي إفراغ هذه النصوص في قولها التي فرضها الدستور، وذلك حتى لا تفقد خصائصها كقواعد قانونية تستمد صفتها هذه من قوة الإلزام الكامنة فيها. ذلك أن تجردها من هذه القوة يحرمها، ولو كان مضمونها موافقاً للدستور.

ولا كذلك الشكلية التي يتطلبها القانون لاتخاذ إجراء معين. ذلك أن الإجراء ولو كان معيهاً، ينقلب صحيحاً بتحقيق الغاية من الشكلية التي يتطلبها المشرع فيه^(١).

١٤- لا يجوز إبطال النصوص القانونية الموافقة للدستور، ولو لم تلتزم فيما تقدم به ارتضتها الأمم المتحدة لنفسها. بل ولو كان القانون المقارن يناهض هذه النصوص ويقرر عكسها، أو يفضل عليها غيرها. ذلك أن ما تراه بعض الدول من ثوابتها، بغصبها وحدها، ولا شأن لمساواها بها أيا كان قدر صوابها، فإذا فارقتها نظم إقليمية، تعين الرجوع إلى الدستور الذي يحكمها دون غيره. بشرط ألا تخل هذه النظم بالحقوق الجوهرية للإنسان.

سادساً: امتناع تقرير بطلان على بطلان

٢٦١- إبطال النصوص القانونية بحكم قضائي، مؤداه زوالها وانتهاء وجودها. ولا يتممور بالتالي تقرير بطلان جديد على شيء صار محمواً، فالساقط لا يعود.

ولا ينقسم البطلان أو يتجزأ حتى مع تباين أوجهه واختلافها فيما بينها.

إذ هو بطلان واحد محله النصوص القانونية التي تنطق بها. ولا تتمايز أوجهه أو روافده في نتيجتها، ذلك أن كلا منها يعتبر كافياً بذاته لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها.

(١) "دستورية عليا - القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢/١٦ ص ٢٦٦

فلا يمتاز بطلان في طبيعته ودرجته وأثره، على بطلان آخر. فإذا اتصل وجهه للبطلان بنص قانوني، فقد هذا النص وجوده، وهمد نبض الحياة القانونية فيه، ولا يتصور أن يحيا من جديد ليتعلق به بطلان آخر.^(١)

سابعاً: امتناع تفسير الدستور في غير خصومة قضائية

٢٦٢- تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بتفسير الدستور من خلال خصومة قضائية تدخل في ولايتها، وتتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها؛ وبشرط أن يكون إجراء هذا التفسير لازماً للقصل في المسائل التي تطرحها هذه الخصومة. فإذا كان مجرد تفسير الدستور هو موضوع هذه الخصومة، خرج هذا التفسير عن ولايتها^(٢).

وتبدو خطورة تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، في أن صدور هذا التفسير يقيد ليس فقط المحكمة الدستورية العليا، بل كذلك المحاكم جميعها خاصة وأن صدور هذا التفسير يمنحها من تعديلها ومن فهم الدستور وتطويرة على ضوء الأوضاع المتغيرة، بما يناقض حقيقة أن الدستور وثيقة نابضة بالحياة، قابلة للتفسير المرن. ولا كذلك أن يحدد تفسير الدستور عند لحظه زمنية بعينها إذا ران التحجر على فهمه من خلال مقاييس منصرمة.

ثامناً: لا افتراض لشرط المصلحة في الخصومة الدستورية

٢٦٣- لا يناقض شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، طبيعتها العينية، ولا أوضاع الفصل فيها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا. ومن ثم يندمج هذا الشرط في نظمها الإجرائية عملاً بنص المادة ٢٨ من هذا القانون. ذلك أن عينية الخصومة الدستورية، لا تعني أكثر من أن النصوص القانونية المطعون عليها، هي مدار هذه الخصومة أو موضوعها، وأن مقابلتها بنصوص الدستور للتحقق من تطابقها معها أو مخالفتها لها، هو هدفها أو غايتها النهائية.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤ لسنة ١٤ ق "مستورية" - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - فاعدة رقم ٣٠ - من ٤١٧ و ٤١٨ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٢ ق "مستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - فاعدة رقم ١٥ من ١٤٩ من الجزء السادس. ويلاحظ أن مؤدى عدم جواز تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، أن الطلب المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتعارض مدعى به بين نصين في الدستور، يخرج عن اختصاصها.

ولكن هذه الخصومة تظل واقعة في نطاق حق التقاضي كوسيلة لرد عدوان على حق أو حرية انتهكتها النصوص القانونية المطعون عليها. ويتعين بالتالي أن يتطرق الإخلال بهذا الحق أو بتلك الحرية بشخص محين، وأن تكون مصلحته للشخصية المباشرة -القائمة أو المحتملة- ظاهرة في رد هذا العدوان.

والقول بأن لكل مواطن صفة مفترضة في اختصاص النصوص القانونية، ومصلحة مفترضة في إهدارها، مردود أولاً: بأن الأصل في الخصومة هو تطبقها بمنفعة يقرها القانون، ولا يقر القانون أن يتحول النزاع القضائي إلى نزاع لمصلحة القانون في صورة مجردة. ذلك أن الفائدة العملية التي يجنيها المدعى من الخصومة الدستورية، هي التي تحركها، وهي دافعها وموجهها. ومردود ثانياً: بأن استتفاض نصوص الدستور وإزالتها في الخصومة الدستورية، يفترض توافر شروط قبولها. وتدرج الصفة والمصلحة تحتها.

ومردود ثالثاً: بأن افتراض المصلحة في الخصومة الدستورية، يحلها إلى خصومة أصلية بعدم الدستورية لا صلة للحكم الصادر فيها بنزاع موضوعي قائم. وإنما ينحصر موضوعها في تقرير حكم الدستور مجرداً في شأن المسائل التي تنثيرها هذه الخصومة.

وهو ما يعتبر انقلا بالرفابة على الشريعة الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا غيره من القوانين والسنن الأجنبية في عموم تطبيقاتها^(١).

تاسماً: افتراض دستورية النصوص القانونية

٢٦٤- لا يفترض في النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو أصدرها، أنه صاغها لنقض حقوق كنفها الدستور لأصحابها أو لحجبها عنهم.

وإذا كان ذلك هو الأصل، إلا أن هذا الافتراض لا يقوم في الأحوال الآتية:

(١) "دستورية عليا" -لغضبة رقم ١ لسنة ١٥ ق "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٩/٢٤، ١٠ ص ٢٨٤ و ٢٨٥ من الجزء السادس.

أولاً: أن يكون ظاهراً من وجه النصوص القانونية المطعون عليها، مخالفتها للدستور، كذلك التي تقوم على التمييز بين المواطنين بناء على اللون أو بالنظر إلى اختلافهم في العقيدة، أو بناء على معارضة السلطة في توجهاتها، أو لتجريمها أفعالاً لا تقتضى الضرورة الاجتماعية تأنيبها.

ثانيهما: أن يكون النص القانوني المطعون عليه مكوناً من أجزاء متعددة، متداخلة معانيها، منبهة فواصلها، بحيث تضطرب في الركائز التي تقوم عليها.

ثالثاً: أن تخل النصوص المطعون عليها بحق أو بحرية أساسية كفلها الدستور. إذ يعامل كل عدوان تشريعي جسيم عليها، باعتبارها مشتبهاً فيه، ومقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تؤيد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة جوهرية قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالاً بها.

عاشراً: ليس ثمة نصوص توجيهية في الدستور

٢٦٥- ليس في الدستور -شأنه في ذلك شأن القانون- ثمة نصوص مجردة من آثارها القانونية، وإلا كان تدوينها في الدستور غير محمول على معنى الإلزام بأحكامها، ومنصرفاً إلى تخيير المشرع بين القبول بها أو إهمالها، حال أن التخيير بين بدلين يفترض تساويهما في القوة أو الأثر. وهو مالا يتصور في نصوص الدستور التي تلزم بمنزلتها على ما دونها من النصوص القانونية. وما قصد الدستور بها إلا إخضاع كل سلطة لأحكامها، ليكون تطبيقها فـرض عين. فضلاً عن أن القول بالطبيعة التوجيهية لنصوص الدستور، يناقض خصائصها كقواعد أمر؛ لا يجوز إهمالها أو التخلي عنها^(١).

حادي عشر: الأصل في السلطة التنفيذية هو الإطلاق

٢٦٦- الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوماً لها لا بجوز اقتحامها.

بما مؤده أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية والتفنيية في مجال إقرار أو إصدار النصوص القانونية، فإن لهاتين السلطتين أن تتباشرا اختصاصاتهما

(١) "مستورية عليا" -القطبية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٥ -قاعدة رقم ٥١ -ص ٧٩٣ من الجزء الثامن.

التفسيرية بعيدا عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية، والتي لا يجوز لها بمقتضاها أن ترن -بمعلبيها الذاتية- السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تتلقشها أو تخوض في ملامحة تطبيقها عملا، ولا أن تتحصل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي توخاها المشرع؛ ولا أن تكون خياراتها بدعلا عن عمل السلطة التشريعية أو التنفيذية اللتين يكتفيهما أن تبشرا الولاية التي تختصن بها في الحدود التي بينها الدستور، وأن يستلها في ذلك أغراضا يقتضيها الصالح العام، وأن تكون مسئلتها إلى تحقيق هذه الأغراض، مرتبطة عقلا بها^(١).

ثاني عشر: بعض ضوابط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٢٦٧- لا ينحصر مجال الرقابة على الشرعية الدستورية فيما أدخل به المشرع بصورة مباشرة من الحقوق التي كلها الدستور، ولكنها تتناول كذلك ما أحده ضمنا من هذه الحقوق، ولو كان إنكارها أو تقييدها قد وقع عرضا.

ذلك أن الرقابة القضائية لهذه النصوص، لا تواجه غير الآثار القانونية التي رتبها في حق المخاطبين بها. ولا شأن لها بلوايا المشرع وخواطره التي يتخذ تقصيا في أعضاء السلطة التشريعية جميعهم، أو للتكليل على تولاظهم إضرارا بالمخاطبين بالنصوص القانونية التي أقرتها.

وحتى بالفترض توافق أعضاء السلطة التشريعية على تطبيق الدستور، وخروجهم عملا على أحكامه، فإن نواياهم السليمة لا ترفع عن النصوص التي أقرتها، عوار بطلانها. فلا يكون تقرير هذا البطلان غير جزاء يصيبها بقصد إنهاء العمل بها حتى لا يتحمل أوزارها من أخضعتهم هذه النصوص لأحكامها^(٢).

ويتعين أن يكون سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وانحرافها عن أهدافها، وشاها بتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستقرارها بالتالي وراء سلطانها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق دستورية - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ - لقاعدة رقم ٣٦ من الجزء السادس.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - لقاعدة رقم ١٧ من الجزء السادس.

ومن ثم كان سوء استعمالها للسلطة عيباً قسدياً، وطعناً احتياطياً، لا يقوم الدليل عليه بالظن والتخيل. بل من عيوب الأوراق ذاتها التي تنصح عنها مضابط أعمالها وغيرها من الوثائق ذات الصلة التي يطمئن إليها.

٢٦٨- ويلاحظ كذلك ما يأتي:

١. لا يؤخذ برجعية النصوص القانونية -وهي محظورة في المواد الجنائية- إلا إذا قام الدليل على أن أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم -لا أغلبية الحاضرين منهم- قد أقروا رجعية هذه النصوص، بعد وقوفهم على حقيقتها، والآثار التي ترتبها، والدائرة التي تعمل فيها، فلا يكون قبولهم بالآثر الرجعي مظلوناً، بل ثابتاً على وجه قطعي^(١).

٢. أحكام الدستور التي تتضام إلى بعضها في تقييم دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ يتعين إزالتها في مجموعها على هذه النصوص. ومن ثم تستتبع النصوص القانونية المدعى إخلالها بالحق في التقاضي، كل ضمانات يقتضيها الدستور للفصل في الحقوق بطريقة منصفة، بما في ذلك ضمانات الدفاع؛ وحق الناس جميعهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي؛ وبأن تكون العدالة مفتوحة أبوابها للقادرين والمعوزين؛ وبأن يتوفر لكل متهم بجريمة، الحد الأدنى من الحقوق التي يتوازن بها موقفه مع الأسلحة التي تملكها سلطة الاتهام في مواجهته.

٣. لأن كان المشرع أن يحل من الحقوق التي يكفلها أو يلغوها، إلا أن شرط ذلك ألا يكون لإسقاطها أو لتحويلها، من أثر على حقوق نص عليها الدستور أو كفلها. فضمانة رد القضاء من عناصر حيوتهم التي تعادل في أهميتها ووزنها مع استقلالهم. فإذا أخل المشرع من خلال تنظيمه للحق في رد القضاء، بضمانة الحيطة التي تحيط بهم، كان مخالفاً للدستور.

٤. كلما كان تنظيم المشرع لأحد الحقوق، سواء في ذلك تلك التي كفلها أو التي نص الدستور عليها؛ غير مكتمل العناصر بما يجعل هذا التنظيم في غير الصورة التي تكفل فعاليتها مباشرة هذا الحق، فإن إغفال تقرير العناصر التي يبلغ بها مدها، وتتحقق من خلالها حيويته، يكون مخالفاً للدستور.

(١) "مستورية عليا" -قضية رقم ٧٣ لسنة ١٩٩٠ ق/مستورية- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٢/٧٧ ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

٥. تنطبق القواعد القانونية الإجرائية بمراكز قانونية تقبل بطبيعتها التعديل والتغيير. ومن ثم كان الأصل هو سريانها بأثر مباشر في شأن المسائل التي تناولتها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بـلـ سريانها المباشر منطوق على رجعية ضمنية^(١).

٦. الخاصمعين لأية قاعدة قانونية، حق الطعن عليها لمخالفاتها للمستور، ولو قدم هذا الطعن بعد إلغائها، إذا كان جريان آثار هذه القاعدة في شأنهم بعد تطبيقها عليهم، قد ألحق بهم ضرراً. ذلك إن الأصل في القاعدة القانونية، هو سريانها على ما يقع من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها. فإذا أبطلها المشرع بقاعدة جديدة، لم يعد للقاعدة القديمة من وجود من وقت إلغائها. وصار لازماً إعمال القاعدة الجديدة اعتباراً من تاريخ سريانها. وبذلك يتحدد لكل من هاتين القاعدتين زمن تطبيقها. فما نشأ مكملاً من المراكز القانونية منتجا لآثاره خلال فترة نفاذ القاعدة القانونية القديمة، يظل محكوماً بها وحدها^(٢).

٢٦٩- بيد أن قضاء المحكمة الدستورية العليا دل كذلك، على أن إلغاء النص المطعون فيه بأثر رجعي، مما تزول به المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية^(٣).

وقضاءها في ذلك محل نظر من جهتين:

أولاهما: أن الإلغاء المجرد للنصوص القانونية -ولو بأثر رجعي- لا يفيد بالضرورة أنها لم تحدث أثراً قانونية في محيط العلاقات القانونية قبل إلغائها.

ويتعين بالتالي حتى يجوز القول بانقضاء المصلحة الشخصية المباشرة في النصوص القانونية التي ألغاهها المشرع بأثر رجعي، أن يقتصر إلغاؤها بتسوية كافة الآثار القانونية للنسب أحدثها، والتي أضير منها المخاطبون بالنصوص القانونية قبل إلغائها.

(١) الحكم السابق -س ١١٠١، وهو ما أكتفته المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية بصياغة على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها. لا استثناء من ذلك (إلا بالمصلحة إلى القوانين التي تحل ميعاداً كان قد بدأ قبل تاريخ العمل بها) أو التي تكون منقطة أو ملغية لطريق طعن في شأن حكم صدر قبل نفاذها، أو إذا كان من شأنها تعديل اختصاص قلم، وكان العمل بها قد بدأ بعد نقل باب المرافعة في الدعوى بما يدل على استواء الخصومة للفصل في موضوعها.

(٢) "مستورية عليا" -قضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق "مستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -خاتمة رقم ٦/٢٤ -س ٣٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) "قضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" -جلسة ٨/١-١٩٩٩ -قاعدة رقم ٤٣ -س ٢٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانيهما: أن إلغاء النصوص القانونية -سواء تم بأثر رجعي أو بأثر مباشر- يفترض وجود هذه النصوص قانوناً حتى يتعلق الإلغاء بها. فإن كان بطلانها متأثراً من مخالفتها للدستور -كما لو أصدر رئيس الجمهورية قراراً بفرض ضريبة عامة- فإن هذه النصوص تعتبر محكومة منذ صدورها. ولا يتصور بالتالي أن يتعلق بها إلغاء تشريعي -ولو بأثر رجعي- بالنظر إلى لعدم مطلقه.

* كل قاعدة قانونية لا تنشر، لا يقرنها إخطار بحقيقتها، ولا بشروط تطبيقها. فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبرها الدستور شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحياتهم على اختلافها. ومثل هذه القاعدة لا نفاذ لها، لا هي ولا القاعدة القانونية التي تم نشرها، ولم يبدأ بعد بمعاد سريانها. فلا يكون حمل الأفراد على الرضوخ لها -وهم من الأغيار في مجال تطبيقها- إلا خروجاً على مبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور^(١).

وكما كان فرض للقاعدة القانونية والما قبل نفاذها، أخل سريانها في شأن المخاطبين بها، بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد العنوان عنها، عملاً مخالفاً للدستور^(٢).

* مناهضة دستورية المزايا التي يكتفلها المشرع لفريق من الناس دون آخر، لاختلافهم في المراكز القانونية عن بعضهم البعض، ذلك أن تساويهم فيها، مؤداه أن يكون التمييز بينهم تحكماً، ومخالفاً للدستور بالتالي^(٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق "مستورية"- جلسة ٣ يناير ١٩٨٨ -قاعدة رقم ٧٣ من ١٠٦٢ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق "مستورية"- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٤/٧٣، ١٠٥ من ١٠٥٨ من الجزء الثامن.

(٣) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ١٩٨٩/٤/٢٩ في القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية دستورية والمنشور في ص ٢١٨ وما بعدها من الجزء الرابع، بأن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق لا تعيق عليها ما دام الحكم التشريعي الذي قرره قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تطوى على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية، ولا تهدر نصاً في النصوص. فإذا كان المشرع قد توخى بالزيادة في الأجرة التي فرضها، المحافظة على المباني القديمة المؤجرة لغير أغراض السكنى باعتبارها ثروة قومية، ولتوحيض ملاكها عن انخفاض أجزائها مع توفير مصدر لتمويل ترميمها وصيانتها؛ فإن معاملة الأسكن المستصلحة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهن الخاضعة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية، معاملة المباني المؤجرة لأغراض السكنى، وإعفاؤها بالتالي من الزيادة في الأجرة، رغم تحقق مناهضتها، يكون مخالفاً للدستور.

* تحمل النصوص للقانونية التي دل المشرع بعموم عباراتها على انتفاء تخصيصها، على اتساعها لكل ما يندرج في مفهومها. ذلك إن عموم عبارة النص، تفيد استغراقها لكل الأفراد، واشتمالها بالتالي على المخاطبين بها كافة، فلا تختص فئة من بينهم بحكمها^(١).

* لا يخصص النص العام بغير دليل. كذلك فإن كل تنظيم خاص يعامل بالفترض لنصرفه إلى المسائل التي تعلق بها وحدها، فلا يجوز إسناده لغيرها، ولا أن يقس عليه وقد وضع على سبيل الاستفراد^(٢).

ثالث عشر: جواز تحديد غير المباشر للمسائل المثارة في الخصوصية الدستورية بطريق غير مباشر

٢٧٠- تعتمد معظم الأحكام القضائية في تأسيسها على الأدلة غير المباشرة كالقرائن الظرفية. وكثيراً ما تستخلص المحاكم من واقعة حقيقتها، الدليل على واقعة تجهلها.

والمسائل الدستورية في ذلك، شأنها شأن عناصر النزاع التي تحققها المحكمة، كلما يكون للدليل عليها مباشراً.

ذلك أن المحكمة تعمل نظرها في كل واقعة مطروحة عليها، وتصل أجزاءها ببعضها من خلال عملية عقلية تكفل للحد الأدنى لامتثالها. فلا تأخذ في اعتبارها بغير الخطوط الرئيسية التي تجمعها، تاركة وراءها بعض مظاهر التعارض التي قد تلاعبها.

ومن خلال هذه العملية للعقلية، لا يكون نظرها في عناصر النزاع غير نفاذ إلى جوهرها على ضوء ما قصد المدعى حقاً بدعواه.

(١) "دستورية عليا" - للقضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٢/٨٣ - ص ١٥٦ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق "دستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٥/٣٢ - ص ٤٤٧ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ٤ ق "دستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣/٣٤ - ص ٣١١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٣ قضائية تفسير" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٢ - ص ٣٩٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فلا يواخذ بعبرة شاردة ضمنها صحتها، ولا بكلمة لم يزنها ويقدرها حق قدرها. وإنما هي دعواه في حقيقة ملامحها، وصادق أغراضها، تستجليها المحكمة وتستصفىها، فلا يكون وقوفها عندها، غير فهم منها حقيقة النزاع المطروح عليها.

ويتلزم للمحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن كل هيئة قضائية، بضوابط التفسير القضائي هذه. إذ هي نقطة البداية التي تعينها على إدراك نطاق الخصومة الدستورية المعروضة عليها، فلا تضل الطريق إلى دخلها، ولا تقنع بالصيغة التي أفرغها المدعى فيها.

وإنما هي حقيقتها التي تتحررها، ومقاصدها التي تخوض في بحثها، ولبعادها التي تستقر فيها، مستينة في ذلك بالتحليل المنطقي الذي يربط ما تفرق من أجزائها، ويشد بعضها إلى بعض بقدر تماسكها وإفضائها إلى صحيح بنيانها.

وهذه النظرة الكلية لضوابط التفسير القضائي، هي التي توليها المحكمة الدستورية العليا اعتباراً عند الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها. ذلك أن تعيينها بطريق مباشر ليس شرطاً لتحديدتها.

ولئن كان قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص في المادة ٣٠ على أن يبين المدعى في الخصومة الدستورية ماهية المخالفة للدستور التي ينسبها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، ووجه تعارضها مع الدستور؛ إلا أن ما نراه في شأن تفسير هذه المادة، هو أن ينظر إليها من ناحيتين:

أولاهما: أن الخصومة الدستورية تقوم على ادعاء بمخالفة نص قانوني للدستور.

ويفترض ذلك أن يعين المدعى هذه النصوص، وأن يبين كذلك ماهية المخالفة الدستورية التي نسبها إليها حتى تحققها المحكمة الدستورية العليا.

فإذا سها المدعى عن بيان هذه المخالفة، تعين عليها أن تقابل النصوص المطعون عليها بأحكام الدستور، وقوفاً من جانبها على نطاق التعارض بين نصين يختلفان في مرتبتهما حتى تستظهر نطاق المفجوة بينهما، ذلك أن تصادم نصين في دائرة التقابل بينهما، يحدد قدر توافقهما أو تخالفهما. فإذا طعن المدعى في دعواه الدستورية على الفوائد الربوية التي فرضها المشرع،

وأغل ببيان نص الدستور الذى حرّمها، تعين حمل مقاصده من دعواه هذه، على مخالفة فروضها لنص المادة الثانية من الدستور. وقد لا يهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، ولكنه يعينها بطريقة لا توضّحها بصورة كافية.

وعلى المحكمة الدستورية العليا - من باب أولى - أن تستعن عندئذ على فهمها بضوابط التفسير القضائي. فالنعمى على ضريبة ما إخلالها بالمقدرة التكليفية للمول ومساواتها فى عبئها بين القادرين والمعوزين، يدل على أن ما تورّاه المدعى بدعواه الدستورية، هو اتهام هذه الضريبة بالإخلال بضوابط العدالة الاجتماعية التى تعتبر أساس كل الأعباء المالية التى تقتضيهها الدولة ممن تكلفهم بأدائها وفق نص المادة ٣٨ من الدستور.

بما مؤده أنه سواء أعمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، أو حدها بطريقة غير كافية، فإن طرائق التفسير القضائي، قد تجلبها وتبين حقيقتها.

ثانيتهما: أن نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا يلزم المدعى فقط ببيان نوع المخالفة الدستورية التى نسبها إلى النصوص المطعون عليها، والتى قال بتدريجها فيها، ولكنه يكلفه كذلك بيان وجهها. وليس ذلك إلا تكليفاً للناس بما لا يطيقون، وهو كذلك إغراق فى شكليات لا محل لها. ذلك أن تحديد وجه المخالفة الدستورية لا يتصل بدعواها، وإنما ببيان نطاق التعارض بين النصوص المطعون عليها والدستور. وفى ذلك خروج على حققة الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا فى شأن المسائل الدستورية التى تنثيرها الخصومة للدستورية، ذلك أن هذه المحكمة لا تنقيد لا بدوع ولا بوجه المخالفة الدستورية التى نسبها المدعى فى الخصومة الدستورية، إلى النصوص القانونية المطعون عليها. ومرد ذلك أنها لا تقابل هذه النصوص بأجزاء من الدستور دون غيرها، وإنما هى نظرة شاملة تتحقّق بها تلك النصوص لتسلط عليها الدستور فى تمام أحكامه، وتربط أجزائه، واتصال أغراضه، وتضافر القيم التى يحضنها.

وتلك هى الوحدة العضوية للدستور التى يكون بها كلا غير منقسم. وعلى ضوئها تحدد المحكمة الدستورية العليا بنفسها، حقيقة أوجه العوار فى النصوص القانونية المطعون عليها،

بغض النظر عن الصورة التي رسمها المدعى في الخصومة الدستورية لها، أو التي أهل بيان ملامحها أو حتى شوهها^(١).

رابع عشر: يتعين الحكم ببطلان النصوص المخالفة للدستور،
ولو كان إعمال أثره يقتضى تدخل تشريعيا

٢٧١- يتعين الحكم ببطلان النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو كان أعمال أثر هذا الحكم يقتضى تدخل تشريعيا^(٢). ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص معين، يفيد بالضرورة تحقق عوار فيه. ويتعين بالتالي أن تتدخل السلطة التشريعية، بوسائلها وأواتها -كلما كان ذلك ضروريا- لتنفيذ قضاء المحكمة الدستورية العليا^(٣).

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١١/١٢/١٩٩٧- قاعدة رقم ٦/٦٩ ص ٩٧٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية قضائية -جلسة ١٩٩٥/٨/٥- قاعدة رقم ٧ ص ١٢٧ من الجزء السابع. ففي هذه القضية كان نص المادة (٥٠) من قانون حماية القيم من العيب، لا يجيز الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للتوم. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص بما يفتح طريق الطعن فيه من خلال تدخل تشريعي يحدد الجهة القضائية التي تفصل في هذا الطعن، وكذلك كيفية تشكيلها.

(٣) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٩ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٩/١١/٦- قاعدة رقم ٤٨ ص ٣٩٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

الفصل الثاني عشر

الرقابة القضائية على الدستورية، والتدخل الصراعي في الدولة

المبحث الأول

صور الصراع على السلطة والحقوق

٢٧٢- وكلما احتكم الجدل السياسي داخل الدولة، أو اتخذ النزاع بين أفرادها شكل صراع معها حول حقوقهم وحرياتهم وقدر ضماناتها لها، فإن وجود جهة للرقابة على الدستورية يوازن بتحول هذا الصراع من طبيعته السياسية، إلى طول قانونية توفرها هذه الجهة لأطرافه، فلا يتحول غضبهم من الدولة إلى الثورة عليها، بل تتوسط جهة الرقابة على الدستورية بينهم وبينها Tiers médiateurs وتعيد بنفسها صياغة المصالح المتنازع عليها، وتحيل ملامحها المختلفة إلى نقاط قانونية تحيط بها، فلا يكون الحكم الصادر فيها إلا منها لتوازن قائم.

فالنزاع السياسي حول التأميم بين أنصار تدخل الدولة ودعاة الرأسمالية المتحررة من القيود، تقضه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال إحالتها إلى نصوص الدستور التي تحكم هذا الموضوع، وتوفيقها بينها قدر الإمكان، وبينها للحدود التي يكون فيها التعويض عين التأميم عادلاً^(١).

وقد بدور النزاع كذلك حول حدود السيادة الوطنية، وجواز تقييدها من خلال معاهدة دولية.

وقد يتخذ النزاع أبعاداً مختلفة في مسائل متفرقة، كذلك المنطقة بتصنيفه لقطاع العام أو بنطاق حرية الأفراد في النفاذ إلى وسائل الاتصال على اختلافها، أو بالكيفية التي يتم فيها

(١) بمجرد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراره في ١٦ يناير ١٩٨٢ بدستورية التأميم حتى أعلن المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن قرار المجلس بمطالبة التأميم للدستور، قد أنهى الجدل الزائف للمعارضة حول دستوريته، وهو الجدل الذي كثرت له الحلة الانتخابية الرئاسية Le Monde du 19 Janvier 1982.

الاقتراع العام المباشر لاختيار أعضاء السلطة التشريعية؛ أو بالمعايير التي يتحدد على ضوءها من يعتبر لاجئاً سياسياً وفقاً للدستور.

ويظل التساؤل قائماً حول ما إذا كان الحياة السياسية قوانينها الخاصة، أم أن القانون العام هو الذي يحكمها.

وربما لنحظ بقدر كبير من الدهشة، أن الذين يدبرون الحياة السياسية ويحكمون قبضتهم عليها، أو على الأقل يوجهونها وفق مصالحهم، كثيراً ما يؤسسون نزاعهم مع خصومهم على قواعد من الدستور، ويطلبون تطبيقها لفض خلافهم.

وإذ يعرضون أمر هذا النزاع على جهة الرقابة على الدستورية -سواء تعلق بحق المرأة في إجهاض نفسها أو بتحويل اللقطاع العام إلى خاص، أو بحق رئيس الجمهورية في العفو عن الجريمة أو عقوبتها، أو بجواز التأميم، أو بما إذا كان الدخول في معاهدة دولية يخل بحقوق المباداة الوطنية- فإن جهة الرقابة القضائية -المحايدة في تشكيلها وفي طبيعتها وظيبتها القضائية- تحل صور النزاع هذه -جميعها من طبيعة سياسية- إلى مشكلة قانونية بمعضلاتها ومفرداتها، وطرق مناقشتها، وأسلوب حلها.

فلا يركن رجال السياسة، الذين يؤيدون موقفاً أو يعارضونه، إلى الوسائل السياسية لفض ما شجر بينهم من نزاع. ذلك أن هذه الوسائل تكثفها محاذير الصراع، وعوامل التفريق والتفاحش والمناورة، وتعميق مناطق النفوذ، وتقاسم الغنائم. ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تعمل على التوسط بين الفرقاء، وتقرير حلول توفيقية في المسائل المتنازع عليها من خلال مفاهيم قانونية تحيط بعناصرها، وتتحول بها الرؤية السياسية إلى لغة ورؤية قانونية، لها أثرها على الطريقة التي يوجه بها الطاعون خطابهم إلى الجهة القضائية التي تتولى الرقابة على الدستورية. فهم لا يخاطبونها إلا وفق الأوضاع، وفي نطاق الأجل البنصوص عليها في قانونها. ويدبرون بالحجج القانونية، جدلهم حول المسائل التي يختلفون عليها، بما في ذلك بيان أوجه مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، وكذلك تحديد نوع الحقوق التي أخلت بها النصوص القانونية، ونطاق هذا الإخلال ومداه.

فإذا فرغ الخصوم من عرض نزاعهم على جهة الرقابة على الدستورية، وكذلك من بيان حججهم التي يقدمونها لتأييدها كان على هذه الجهة أن تفصل فيه بمقاييس موضوعية لا شخصية. وقد تطرح هذه الجهة حلولها لهذا النزاع في شكل مبادئ قانونية لا ينحصر تطبيقها في الحالة المعروضة عليها. وهو ما يكفل لجهة الرقابة القضائية حيويتها، واتساع نطاق اجتهداتها، وإن ظل واجبا عليها أن تواجه القانون المطروح عليها، لتفصل بصفة نهائية في دستوريته، فلا يبقى النزاع بعد هذا الفصل قائما، ليظهر الحكم الصادر عنها، باعتباره نتاج حوار بالوسائل القانونية انحصم على مقتضى القواعد الدستورية ذات الصلة، وصار عنوان الحقيقة القضائية التي قررها، والتي ينطفيء بها كل جدل حول دستورية هذه النصوص، ولو لم يرض عن حكمها في النزاع كثيرون من الغاضبين^(١).

ولا شبهة في أن انتقال النزاع من طبيعته السياسية إلى الصورة القضائية التي آل إليها، عزز دور جهة الرقابة على الدستورية، وزاد من أهميتها ونفوذها؛ ومن تأسيها لسلطانها على دعائم من الدستور؛ ومن إنهاؤها بالوسائل القانونية لنزاع سياسي احتدم في بلدها.

بل إن قدرتها على حل هذا النزاع على ضوء مفاهيم قانونية، أعانها على تطوير اختصاصاتها، وحمل المتكثرون من رجال السياسة على اللجوء لرجال القانون يطلبون منهم العون في الدفاع عن موقفهم السياسية من خلال ما يظاهرها من نصوص الدستور. وقد يطلبون مشورتهم قبل الطعن في النصوص القانونية التي يرونها مخالفة للدستور تحريا لوجه الخطأ أو الصواب في موقفهم السياسي قبل أن يتحول إلى صراع من طبيعة قانونية^(٢).

وكان منطوقا أن تؤثر جهة الرقابة القضائية في كافة أشكال الحوار السياسي، وأن تعيد تشكيلها من منظور الحقائق القانونية التي تتصل بها، وأن تفصل فيها على ضوء مفاهيم ونظم

(١) بد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قضاياه بجواز التأميم من زاوية دستورية قرر المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن كل ما تفر من جدل زائف أثناء الحملة الرئاسية حول مشروعية التأميم، صار منتفيا.

(٢) ودليل ذلك أن الأستاذة Drago و Delvolvé و Loussouran صاغوا المعارضة رأيا استشاريا في موضوع عدم دستورية قوانين التأميم. وقدم الأستاذة Robert و Luchaire وجهة نظر تدعم موقف الحكومة من هذا الموضوع.

الدستور، كذلك التي تتعلق بضوابط التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية؛ وبحقوق المواطنين جميعهم في ضمان تساويهم أمام القانون؛ وبما يكفل تكافؤ فرصهم في الإدلاء بأصواتهم في الحملة الانتخابية؛ وحظر تشويهها أو تحريفها عن وجهتها من خلال عملية تقسيم الدوائر الانتخابية. ويندرج تحت القوم التي يكفل الدستور صونها وتبسطها جهة الرقابة لحل النزاع بين الفرقاء السياسيين، تلك التي تتعلق بأن صون وجود الدولة مقدم على ضمانها لحقوق الأفراد وحياتهم، وأن استقلالها وتكامل إقليمها ضمانتان تؤمن من خلاتهما كل حق أو حرية يكفلها الدستور. وقد يدخل رئيس الجمهورية في صراع مع خصومه حول حدود ولاية السلطة التشريعية وضوابط الفصل بين ولايتها واختصاص السلطة التنفيذية، أو حول حدود السيادة الوطنية التي يتولى حراستها. وجميعها نقاط قانونية يتحول إليها صراع كان أصلاً من طبيعة سياسية^(١).

وقد يعمد رئيس الجمهورية إلى التعاون مع الأغلبية البرلمانية التي تعارض توجهاته الاشتراكية وتعمل على تقويضها، لا بالرضوخ لها، وإنما من خلال مفاهيم قانونية يؤسسها على نصوص الدستور التي تكفل بقاء الدولة واستمرار وجودها *La continuité de L'Etat* وتحدد كيفية مباشرتها لسلطاتها.

ونشأ بذلك اتجاه يتصاعد يوماً بعد يوم، مؤداه احتكام الفرقاء السياسيين إلى الدستور لحل خلافاتهم، وإلى جهة الرقابة على الدستورية لفضها. بل إن لجوء المعارضة إليها قد يكون جزءاً من استراتيجية شاملة غايتها أن تنزل الهزيمة بالسياسة التشريعية للحكومة بما يكفل لها تحقيق كثير من المزايا لصالحها، أهمها إقناع الناخبين بصواب موقفها، وتعويقها العملية التشريعية أو إرجاؤها حتى تعمل الأغلبية البرلمانية من أجل تحقيق قدر أكبر من التفاهم معها حول الصيغة النهائية لمشروع القانون، بما يكفل نزول هذه الأغلبية عن بعض مواقفها، واقتربها من المعارضة في توجهاتها قدر الإمكان.

(١) كان النزاع قد ثار بين الرئيس الفرنسي ميتران والأغلبية البرلمانية المخالفة لتوجهاته الاشتراكية، فقد رفض رئيس الجمهورية التوقيع على الأوامر المتعلقة بالخصخصة على أساس أنها تمس الاستقلال القومي الذي يعتبر هو حارسا له (Le Monde du 16 Juil: 1986) واستعك ذلك عن توقيع الأوامر المتعلقة بتقسيم الدوائر الانتخابية على أساس أن هذا التقسيم يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية (Le Monde du 4 oct 1986) وسأفاده بعض الفقهاء (Jacques Robert) في هذا الرفض (Le Monde 18 avril. 1986).

وقد تنهم الأغلبية البرلمانية المعارضين لها بأنهم يعملون من أجل إخراجها والدفاع عن مصالحهم الضيقة التي توجهها عوامل سياسية تقوم على المناورة، ولا تنتم بالجدية.

وقد تدعو الأغلبية المعارضة إلى أن تحكم في نزاعها معها إلى جهة الرقابة على الدستورية. وقد تعرض الأغلبية بنفسها على هذه الجهة القانون الذي خرج من رحمها لتقتها في مطابقته للدستور.

وعلى هذا النحو تتبادل الأغلبية والمعارضة موقفيهما في عرض القوانين المدعى مخالفتها للدستور على جهة الرقابة على الدستورية. ويكاد أن يصبح احتكامهما إليها أسلوباً ثابتاً يحل الصراع السياسي وصورة الإيديولوجية، أو الأطماع التي يتستر وراءها، إلى نقاط قانونية تحكمها الأفاق العريضة للدستور. وهو ما يتحقق على الأخص إذا تعذر على رئيس الجمهورية -الحائز على ثقة المواطنين- التوفيق بين توجهاته واتجاه الأغلبية البرلمانية الحائزة كذلك على ثقة مواطنيها، بما يعجز الفريقين عن التعاون المستمر، فلا يكون أمام رئيس الجمهورية -وهو ليس من حزب الأغلبية البرلمانية- إلا أن يلجأ إلى الطريقة المنطقية والعملية الوحيدة التي تكفل مصالح المواطنين في مجموعهم. وذلك بالرجوع إلى الدستور، كل الدستور، ولا شيء غير الدستور.^(١)

A la question de la coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire, la seule réponse, la seule possible, la seule raisonnable, la seule conforme aux intérêts de la Nation: la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution.

ولأن الدستور الفرنسي مصدر الحقوق التي يكفلها، فقد اعترف رئيس مجلس الوزراء الفرنسي عن أن يعرض على البرلمان مشروع قانون يفرض على غير المواطنين حق الاقتراع على أساس أن هذا القانون وإن كان مرغوباً فيه من الناحية السياسية، إلا أن الدستور قصر حق الاقتراع على المواطنين.

(١) انظر في ذلك خطاب رئيس الجمهورية لفرنسي الذي وجهه إلى البرلمان في ٨ أبريل ١٩٨٦.

المبحث الثاني

مزايا تحويل النزاع السياسى إلى نزاع قانونى

٢٧٣- وإذ تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى دستورية القانون المعروض عليها سواء من قبل المعارضة أو من الأغلبية البرلمانية، فإن قرارها بعدم دستورية هذا القانون، مؤداه تعديل الاتجاه السياسى لهذه الأغلبية.

ومن ذلك أن الأغلبية قد تؤيد قانونا يكتل احتكار فلائيل لوسائل الإعلام. فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون، كان على الأغلبية أن تقترح على قانون آخر يناهض هذا النوع من الاحتكار، ولو قيل بأن القلة التى تبسط سيطرتها على وسائل الإعلام، أقدر على تطويرها^(١).

بل إن الأغلبية سربالنظر إلى تخوفها من لجوء المعارضة إلى جهة الرقابة على الدستورية- عادة ما تأخذ فى اعتبارها -حيما تقره من القوانين- بالقواعد التى أرسنها هذه الجهة وكذلك بمبادئها ذات الطبيعة الدستورية.

وقواعدها ومبادئها تلك، هى التى تحكم الأغلبية البرلمانية فى مناقشتها وتوجيهها الوجهة الأكثر اقترابا من الدستور. وهى التى تطرحها المعارضة كذلك بقصد حمل الأغلبية على التقيد بحكم الدستور، لتتصير الأفاق السياسية عن الجدل القائم، وتحل محلها مفاهيم قانونية حتى داخل السلطة التشريعية ذاتها^(٢). وهذا الدور الوقائى للجهة القضائية على القرار السياسى، يبلور صورة من صور التقيد الذاتى للسلطة التشريعية Une autolimitation du législateur سواء فيما يتعلق بالمضمون الإصلاحى لهذه العملية، أو بالقيم التى يقوم عليها هذا الإصلاح.

ومن أجل ذلك تخلى اليمين فى فرنسا عن مشروع لتحويل السجون إلى قطاع خاص، La privatisation des prisons. وتخلى اليسار عن مشروع لتحقيق اللامركزية الإدارية. كل من منطلق تخوفه من أن تقرر جهة الرقابة بطلان مشروع للقانون الخاص بها. وقد دل تخوفهم هذا على الدور المتصاعد لهذه الجهة، وتزايد أحكامها فى عمقها وكمها، بما يعيد الطبقة السياسية إلى

(١) I. C.C. 86- 217 D.C., 19 septembre 1987, R.P. 141.

(٢) C.C. 85- 197 D.C. 23 août 1985, R.p. 70; C.C. 89- 271 D.C., 11 Janvier 1990, R.P. 21; C.C. 83- 165 D.C., 20 Janvier 1984, R.P. 30.

صحيح توجهاتها. واليوم فإن ما يورق للقائمين بالعملية التشريعية، هو ضمان أن تظل القوانين التي يقرونها من شواثلها الدستورية. وكان سعيهم بالتالي تحقيقاً من أجل العمل على تنقيتها من مثالبها هذه، بإذنين كل جهد سواء في مجال (إصلاحها أو تعديلها)^(١).

ذلك أن الخضوع للقانون، صار قاعدة لا يجوز تحريفها؛ يلتزمها رجال السياسة وكأئتهم يعايشونها في نومهم ويقظتهم.

وحتى الأغلبية البرلمانية فإن عرضها على جهة الرقابة لقانون من صنعها قبل إصداره، قد يتوخى تولي أزمة سياسية قد تبدو نذرها في الأفق.

وهو ما يجعل الحياة السياسية -على كافة مظاهرها- محكومة بالقانون في إطار ما يرخص للدستور فيه وما لا يجيزه؛ ليكون الاحتكام إلى قواعد بديلاً عن الصراع والتطاحن السياسي.

ومن ثم تظهر جهة الرقابة على الدستورية -على الأخص من خلال تنوع وكثرة الطعون التي ترفع إليها، واتساع دائرة تدخلها- عريضة في نفوذها إلى حد تغطيتها الحياة السياسية فسي كثير من جوانبها. فلا تكون المخاطر الناجمة عن تدخلها بعد عرض النزاع عليها، إلا حافزاً للخضوع للدستور؛ وبذل كل جهد لتوقي مخالفته، سواء تعلق الأمر بقانون قبل إصداره أو بتعديل لقانون قائم أو بمشروع قانون، وسواء كان احتمال عرضه على جهة الرقابة راجحاً أو ضئيلاً^(٢).

(١) انظر في ذلك الكتاب الدوري الشهير لرئيس مجلس الوزراء الفرنسي Roland في J.O. 25 mai 1988, p. 7381.

فقد جاء في هذا الكتاب الدوري الذي وجهه رئيس الوزراء إلى زملائه، ما يأتي:

Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entâcher les projets de loi, les amendements; et les propositions de loi inscrits à l'ordre de jour.

وترجمتها: ينبغي أن يبذل كل جهد من أجل تقصي وإنهاء كافة مخاطر عدم الدستورية التي قد تشوب مشروعات القوانين وتعديلها وكذلك اقتراحت القوانين المتقدمة في جدول الأعمال.

(٢) وفي ذلك يقول العميد Vedel أن المجلس الدستوري في فرنسا وضع قواعد دائمة وموضوعية، قليلة لأن تحمل استقلالاً عن طبيعة السلطة التي تواجهها هذه القواعد، سواء كانت من اليمين أو اليسار ولأن القواعد التي يضعها هذا المجلس في حالة بلاتها، يمكن تطبيقها حرفياً في حالة أخرى Georges Vedel, Débat, 1989, no 55, P. 48.

انظر كذلك C.C. 86-225 D.C., 23 Janv. 1987, R.p. 13 حيث قرر المجلس الدستوري أن تعديل قانون قائم، لا يجوز أن يخلص عن الأغراض التي يتوخاها هذا القانون، ولا أن يناقض سياق أحكامه، ولا أن يخل بموضوع ذلك القانون.

وفى ذلك ضمان أكبر لأن يكون القائلون موافقاً للدستور ليس فقط فى مضمون قواعده؛ بل كذلك فى الأغراض التى يتوخاها. وهو ما يتحقق على الأخص بعد أن تمنح الأغلبية البرلمانية والمعارضة نظرها فيه، وتديره على حكم الدستور تقصياً لأوجه العوار فيه.

وأل الدستور بالتالى إلى وثيقة تحيط بالسياسيين جميعهم فى أفكارهم ومثلهم وتوجهاتهم ونصرفاتهم، وكأنهم يتفلسفونها فى صباحهم وإيلهم.

المبحث الثالث

الرافضون لطبع الحياة السياسية بالدمستور

٢٧٤- على أن الآراء السابقة القائلة بغلبة القانون على السياسة وتوجيهه لها، هي التي يرفضها السياسيون سواء في مضمونها أو في دعائهم.

وهم يؤمنون برفضهم لمج الحياة السياسية في الدستور أو إخضاعها -في كافة توجهاتها- لأحكامه، على القول بأنهم يحكمون إلى القانون، ليس لأنهم يؤمنون به حقاً، وإنما لأن للحياة السياسية متطلباتها، وموازنها، وعناصر القوة فيها.

وليس القانون غير الأداة التي يتخفون وراءها لتبرير تصرفاتهم في مواجهة خصومهم. وهم يناضلون من أجل إرساء قواعد -لا لأنها تحكمهم- وإنما لأنها الطريق إلى تشكيل علاقات جديدة في موازين الصراع والقوة السياسية. فلا تكون بواعثهم من وراء الاحتواء بالقانون، غير سياسية في حقيقتها وأهدافها.

وليس استعمالهم للغة القانونية في حواراتهم مع خصومهم، غير تعبيري عن حساباتهم السياسية التي يزعمونها بمقاييس دقيقة، بقصد الظهور على مسرح الحياة السياسية كأشخاص محتلين يتصمون بالاعتزال والقبصر، ولا يجنحون إلى إغراق وطنهم في أعاصير القوم الإيديولوجية التي فلما توتى ثمارها حتى في مجال الإقناع بها.

وإنما هي المناورة والخطط التكتيكية التي يتظاهرون من خلالها بأنهم حماة القانون؛ ولا يتوخون حقيقة بها غير ضمان ازدياد شعبيتهم، وقهر خصومهم، واعتلاكهم مركزاً متفوقاً في مسرح الحياة السياسية، حتى يظفروا بقوة أكبر من داخلهم.

وتلك جميعها مقاصد سياسية لا شأن لها بمحض الخضوع للقانون، ولا بالقيمة المجردة لقواعده الأمرة. ولئن بدا سعيهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، حواراً بالقانون حول نصوص قانونية يرونها مخالفة للدستور؛ إلا أنهم لا يستهدفون حقيقة من عرض الأمر عليها غير إحراج الحكومة، ووضع العراقيل في وجه خططها وبرامجها، حتى إذا ما ظفروا بحكم قضائي يدين هذه النصوص بخروجها على الدستور، اتخذوه طريقاً للذيل من هيبتها وتجريحها بما يشدد من قبضتهم عليها حتى تسقط في الذلالية.

وتلك كذلك أغراض سياسية يتوخونها من إدارة الحوار بالقانون. ومن ثم لا يسيطر القانون على السياسة ولا يوجهها؛ وإنما السياسة هي التي تقبض على زمام القانون في إطار لعبة سياسية Un jeu politique يكون فيها اللجوء إلى الدستور من أدولتها، ومكملا لحركاتها.

فلا يكون الخضوع للدستور حقيقيا. بل ظاهريا، وفي أوضاع بذواتها يبرون فيها أن الاحتماء بالدستور أكفل لمصالحهم. وتلك حقيقة لا يجوز التهوين منها، ودلائها قاطعة في أن السياسة غير القانون، وأن القانون لا يستغرقها. وإنما الحقائق السياسية هي التي تسخره لخدمتها وتحقق أغراضها. وهما بذلك نقيضان، ولا يتوازنان قدرا أو أهمية.

أما الذين يقولون بملو القانون على السياسة. وينادون بأن الدستور يسيطر على فروع القانون جميعها -للخاص منها والعام- ويقبض بيده حتى على الحياة السياسية في كافة جوانبها؛ فلا يبخون غير فرض وجهة نظر يقولون بها تعاليا، ولو نقضتها الحقائق التي يبصرونها^(١).

(١) Pierre Favre, Histoire de la science politique, in, Traite de science politique, P. U. F. 1985, vol 1. ; Daniel GAXie, jeux croisés, in les usages sociaux du droit, C.U.R.A.P.P. 1989, p. 209.

المبحث الرابع

القاتلون بخضوع الحياة السياسية للدستور

٢٧٥- ويؤكد القاتلون بخضوع المفاهيم السياسية للدستور، أن الحياة السياسية في دولة ما، وكذلك المهام التي تقوم مؤسساتها عليها، تدور جميعها حول قواعد من الدستور. ويضيفون إلى ذلك أن قراءة نصوص الدستور وحدها، لا تعطي صورة حقيقية وكاملة عن الأوضاع السائدة فيها. وعلى الأخص من جهة شرائط تكوين أعضائها؛ ونطاق حريتها في العمل وعلاقتها ببعض؛ وتداول السلطة بينها عملاً؛ وطرائق تشكيل مجالسها التمثيلية؛ وحدود حق الاقتراع؛ وما إذا كان حراً محايداً أم مقيداً بما يعطل جوهره. ذلك أن الكيفية التي يطبق بها الدستور عملاً، هي التي تحدد الأسس الحقيقية لنظام الحكم في الدولة، وتبين كذلك نطاق حقوق الأفراد وحرياتهم، وحدود مجالسها الحيوية؛ وعلاقة المعارضة بالأغلبية، ودور كل منهما، وقدر تعاونهما أو صوره تصانمهما، ونطاق التعددية في تشكيلها الواقعية.

وكذلك ما إذا كان دور الأغلبية هو مؤازرة الحكومة في أخطائها لضمان استقرارها، فلا تكون الحياة السياسية إلا تحزباً واستقطاباً؛ أم أن دورها لا يمنعها من انتقاد الحكومة وتقويم ما اعوجج من تصرفاتها، غير مقيدة في ذلك بالترامها الحزبي.

ونواحي الحياة السياسية هذه بأشكالها وتنوع صورها، هي التي تؤثر في جهة الرقابة على الدستورية من خلال تطبيقها للدستور. فلا يكون مجرد صورة قائمة لا يبصرها أحد بالنظر إلى كثافة ظلالها؛ ولا هو بمبعد تتردد عليه الأضباع، ولا بمنطقة من الفراغ لا حياة فيها. وإما هو صورة حية ومتغيرة بالنظر إلى تفاعل أحكامه مع واقع اجتماعي معين، فلا يفصل عن الجماعة التي يعيشها بما يناقض متطلباتها.

ولم يعد للعلوم السياسية بالتالي دور يقابل دور الدستور في صياغة شكل الجماعة ومثلها، ولا في تقويم استبداد السلطة وتسلطها. وغدا الدستور قابضاً من خلال تطبيقاته العملية - على الحياة السياسية بكل محيطاتها، مهيمناً على جوانبها من كل أقطارها، بما في ذلك حدود اختصاص رئيس الجمهورية وامتيازاته كحل البرلمان، فضلاً عن سلطته في مجال ضمان استقرار الدولة ودعم مباشرتها لوظائفها.

وصح القول بأن الحياة السياسية ما كان لها أن تتغير بالهدوء، ولا أن تحظى بإنهاء الصراع بين المراكز المتنافرة فيها، ولا أن تتطور في اتجاه التقدم بغير نقطة للهيئة للقضائية التي تصون الدستور. وما كان للسلطة التشريعية نفسها أن تحذل عن سياستها التشريعية التي اختطلتها لنفسها، لولا وجود هذه الهيئة بمنزلتها ومكانتها العليا. ولم يعد الدستور وثيقة سياسية تتوازن من خلالها عناصر التأثير وأشكال الضغوط في الحلبة السياسية، ولا هو بورقة ناعمة "Un chiffon de papier" تبلور صورا جمالية لقيم مثالية؛ بل وثيقة قانونية تنتم نصوصها بالصرامة، فلا يكون جزاء الخروج عليها غير إبطال القوانين التي تناقضها.

وفي ذلك احتكام مطلق ليس فقط للدستور، بل كذلك لجهة الرقابة على الدستورية التي تعطيه من المعاني أعمقها؛ وتحدد الأغراض التي يتوخاها، وللقيم التي يحتضنها. فلا يكون تضادها إلا مرجعا نهائيا للمخاطبين بأحكامه، يبين لكل منهم دوره وفقا للدستور، سواء كانوا من البرلمانيين، أو القضاة العاديين، أو المواطنين.

والدستور بذلك ليس مجرد قيمة رمزية *Valeur Nominale* أو نظرية *Théorique*، وإنما هو قيمة قاعدية *Normative* لها من الآثار الحقيقية التي ترتبها؛ ومن قوة القهر التي تلازمها؛ *Des effets réels et contraignants* ما يحيل الدستور -على الأخص من خلال اجتهاد جهة الرقابة للقضائية على الدستورية- إلى حقيقة قانونية لها من علوها ما يدعم الاقتناع بانثاق كافة النظم القائمة في بلد ما -القانونية منها والسياسية- عنها. وهي بعد حقيقة متطورة تجعل الدستور وكذلك القانون بوجه عام، موجها للحياة السياسية ولحركة التاريخ^(١).

(١) Jean- Louis Quermonne, le gouvernement de la France sous la 5^{ème} République, Dalloz p. 175 et p. 569 et.s.

المبحث الخامس

اللزوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي

٢٧٦- على أن تقتنن السياسة، وحل النزاع بين رجالها من خلال جهة الرقابة على الدستورية، ليس وهماً؛ ولا تعبيراً عن وجهة نظر أحادية يفصح بها المؤيدون للشرعية الدستورية عن موقفهم. وإنما اللجوء المتواتر للقانون لصم ما هو قائم من مسور النزاع ذات الطبيعة السياسية، خير دليل على أن مظلة القانون وحدها هي التي تقدم الحلول لها.

ولئن صح القول بأن رجال السياسة قد عمدوا في البداية إلى تسخير القانون لخدمة أغراضهم السياسية في لحظة بذاتها، ولي إطار أوضاع بعينها، وكجزء من خططهم التكتيكية؛ إلا أن قواعد اللعبة السياسية صار بحكمها القانون كتعبير عنها، خاصة بعد تصاعد دوره في تشكيل ملامحها. وصار للقانون الكلمة العليا في كل شأن، ولو كان سياسياً في طبيعته.

فالقانون هو الذي يحدد للدولة وظائفها، ونطاق اختصاص سلطاتها، وأشكال التعاون بينها، وحقوق المواطنين بقواعده وواجباتهم. وهو بذلك تعبير عن الحياة السياسية في صورتها الحقيقية. فلا يكون القانون إلا للغة الطبيعية التي يدير بها رجال السياسة أحيائهم. وأية لغة غيرها تصمم الدائرين بها بأنهم لا يدركون قواعد اللعبة السياسية، ولا يبصرون حقائقها، بل ينقلبون على الأصول المنطقية للحوار السياسي.

ولا تقوم على تطبيق هذا القانون جمعية تظلمها الأغراض السياسية. وإنما هيئة قضائية في تكوينها ووظائفها ومن منظور أحكامها. وولجها الأول والأخير هو ضمان سيادة الدستور من خلال فرض أحكامه على الناس جميعهم، وعلى السلطة بكل أشكالها، فلا يكون لأحكامها في تقريراتها غير دعائم من الدستور. وهي تنظر إلى رئيس الجمهورية كحكم في الدولة بين سلطاتها؛ وكضامن كذلك لوجودها هي والاتصال حركتها^(١) وهي ترد اجتهداتها في ذلك إلى الدستور وتحول بصورة مطردة لا لقطاع فيها، المسائل التي لحكم الجدل السياسي حولها، إلى لغة القانون بمقرراتها، وبما يطورها إلى حد خلق قواعد دستورية جديدة.

(١) ولا يجوز بالتالي أن يكون رئيس الجمهورية رئيساً لحزب في الوقت الذي يجعل الدستور منه رئيساً للدولة، وحكماً بين سلطاتها، كإلا انتظمها في أداء وظائفها.

فضلا عن حملها رجال السياسة على التعبير عن آرائهم في لغة قانونية تتلون باتجاهاتهم، لتكون هذه اللغة وحدها طريقهم إلى جهة الرقابة، فلا يخاطبونها بغيرها، ولا يطلبون عليها بواعثهم السياسية، ولا دخائل الصراع فيما بينهم، وإنما يطرحون نزاعاتهم على جهة الرقابة ويديرونها من منظور كلمة القانون، فلا تكون هذه الجهة إلا مسرحها.

على أن الفصل الكامل بين السياسة والقانون لا يلتزم وأوضاع العصر، بل يجالونها إلى حد القول بأن الحياة السياسية في بلد ما، لا تنتجها القواعد القانونية وحدها، ولا يحيطها القانون من كل جوانبها. وإنما تتحدد مقوماتها من خلال تفاعل العناصر التي تؤثر في تشكيلها، ومن بينها ديناميكية التكوين الاجتماعي، وأوجه التعارض ونطاق التوافق داخل الجماعة بين فئاتها الدينية واللغوية والعرقية، ونوع عاداتها وتقاليدها ومعتقداتها وراثتها، ودور أحزابها السياسية، وعددها، وطرائق تكوينها، ونطاق حريتها واستراتيجيتها؛ وقواعد تنظيم الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال.

والقانون والدستور، بتأعلان مع غيرهما من العناصر في توجيه اللعبة السياسية وتحديد ملامحها. ولئن جاز القول بأن العناصر المؤثرة في الحياة السياسية تتفاوت فيما بينها في ثقلها، إلا أن الدستور في الدول الديمقراطية يعتبر أكثرها حسما، خاصة وأن المراجعة القضائية، هي صمام أمن يحفظ لكل من السلطان التشريعي والتنفيذي حدود ولايتها؛ ويصحح من خلال كلمة القانون السياسة التي ينتهجها. وفضلا عما تقدم، تعمق المراجعة القضائية حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا تعطى لنصوص الدستور التي تحتكم إليها لنزاع معين، غير المعاني التي تطورها وتكفل للجماعة تقدمها. وهي لا تطبع الحياة السياسية بلغتها القانونية إلا من خلال القبول بأحكامها كأداء لتمثيل مظاهر الحياة السياسية والتعبير عنها، يؤكدنا أن رجال السياسة لا يديرون حواراتهم -بصفة روتينية- إلا باللغة القانونية.

ويظل صحيحا القول بأن أهمية القانون وقدر تأثيره لا تكمن في خصائص قواعد الدستور؛ ولا في دور جهة الرقابة على الدستورية؛ ولا في عناصر خارج دائرة القانون كذلك التي تتعلق بالروابط القائمة بين مراكز القوة في الصراع السياسي أو بمصلحتها واستراتيجيتها؛ وإنما هي العلاقة بين نظرة قانونية تحيط بنزاع من طبيعة سياسية من جهة؛ وبين ما يطلبه رجال السياسة

ويسعون لتحقيقه من خلال هذا النزاع، وصولاً إلى أهدافهم من جهة أخرى، فلا ينفصل القانون عن السياسة، بل يتزاوجان في تداخل، ويمتزجان في ترابط^(١).

(١) انظر فيما تقدم جميعه

المبحث السادس

انعدام الصراع السياسي في مصر

٢٧٧- لا تحكم مصر اليوم أغلبية برلمانية حقيقية. وسلطتها التشريعية مجرد واجهة للديمقراطية في صورتها الشكلية. والقوانين التي تنظرها وتناقشها هي التي صنعتها السلطة التنفيذية وعرضتها عليها، كي تقرها في جملتها، أو تعطلها بما لا يخل بالركائز الرئيسية التي تقوم عليها.

وما يدور حولها من جدل بين أعضاء السلطة التشريعية، ليس جدلا حقيقيا يتوخى تقييم مظاهر القصور فيها؛ ولا أوجه التعارض بينها وبين الدستور؛ ولا تصحيحها بما يوفقها مع أحكامه. وإنما ينحل هذا الجدل في حقيقته إلى صورة مظهرية للحوار، لا ينال من جوهر نصوص مشروع القانون المعروض عليها، لتظل أسسها على حالها مع تعديل بعض تفصيلاتها على استحياء، وبما يقتصر -غالبا- على مفرداتها اللفظية التي لا تؤثر صياغتها من جديد في المضمون المتكامل لمشروع القانون، ولا في الأغراض التي يتوخاها.

ويستحيل في إطار هذه الأوضاع، أن يكون للسلطة التشريعية سياستها الخاصة بها؛ ولا أن تتناقض السلطة التنفيذية أو تعارضها في توجهاتها. وكثيرا ما يكون سعيها لإرضائها، قبولا كاملا ولغويا بمشروع القانون المقدم منها، ولو كان مخالفا للدستور.

وأعضاء السلطة التشريعية لا تعينهم هيئة الناخبين التي يفترض أنها أنابتهم عنها في شئونها وخولتهم تصريفها؛ وهم يتصورون دوما أنهم لا يحاسبون أمامها، وإنما أمام السلطة التنفيذية التي كان لها فضل ترشيحهم، ودعم حملتهم الانتخابية؛ وقهر خصوصهم، وتحويل إرادة الناخبين وراءه بتزييفها أو تشويهها، خاصة وأن عضويتهم في السلطة التشريعية تمنحهم حصانة يتعاملون معها كقناع يخفيهم عن يد القانون.

وكان على السلطة التشريعية بالتالي أن تقر القوانين التي اقترحتها السلطة التنفيذية، أيا كان قدر إخلالها بحقوق المواطنين وحرياتهم، لأنها صوغها وإرادة التعبير عن مطالبها أيا كان قدر جموحها.

والمواطنون يواجهون هذه الملهاء بأعين دامية، فلم يكن الباطل يوما قرين الحق، ولا الحق كلمة جوفاء يراد بها الهزل في مواطن الخطر. وكان من المفترض منذ بدء ثورة ٢٣ يوليو، أن ترقى بمواطنيها بما يكفل ارتفاع روعهم فيها. ولكنها خفضتها تارة من خلال تدابير استثنائية اتخذتها السلطة التنفيذية لإهدار كرامتهم؛ وطورا من خلال قوانين كان عصفها بهم شديدا، ولمعها سينا حتى على حقهم في الحياة وجوهر حرياتهم.

ولم يكن أمام المحكمة الدستورية العليا إلا أن تعيد للحرية توازنها، ولتقيم الإنسانية حقيقتها، وأن ترد إلى المواطنين حقوقا طال غيابها. وهو ما وقع على الأخص بإبطالها قوانين العزل السياسي، وجانبها من قوانين مباشرة الحقوق السياسية، وقوانين تكوين السلطة التشريعية، وتشكيل المجالس الشعبية المحلية^(١). وكذلك بحرصها على ضمان جوهر الحرية الشخصية وحرية التعاقد والحق في الملكية. ولا تزال كثرة القوانين المعمول بها في مصر محيية دستوريا بالنظر إلى تعبيرها عن إرادة السلطة التنفيذية في السيطرة على الحياة السياسية في مصر حتى تملكها من كل نواحيها وفي أدق تفصيلاتها، فلا ينازعها أحد في شأن من شأنها، يعاونها في ذلك تنظيم حزبي من خلقها لا تقوم مع وجوده تحديدا حزبية حقيقية؛ ولا تدول للسلطة بين أغلبية وأقلية تتبادل مواقعها. إذ الأغلبية يوما لحزبها، وهي تصطنعها بوسائلها وأدواتها. فلا تقوم قائمة للتغيير إلا من منظورها، ووفق تصورها الخاص، وفي الحدود التي تقبلها.

وصوتها وحده هو الأهم؛ وقراراتها هي الأحق بالاعتبار، وموقفها من الحرية، هو ما سواء من أوصافها والقيود عليها، وكلمة القانون هي اجتهدا وفق مصالحها.

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية - جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٥١ - ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث؛ وفي القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية - جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ١٦ - ص ٩٨ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية - جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ٨ ق دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ٢٠٥ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ٦ ق دستورية - جلسة ٤ أبريل ١٩٨٧ - قاعدة رقم ٣ - ص ١٩ وما بعدها؛ والقضية رقم ٢ لسنة ١٦ ق دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ٤٧٠ وما بعدها من الجزء السابع.

وفى ذلك تفويض للشرعية الدستورية. ومدخلها أن القانون هو الضمان النهائي للحرية؛ ولا حرية بغير ديموقراطية، ولا ديموقراطية بغير الهياكل والحقوق التي تنضى إليها، ويندرج تحتها وجود معارضة منظمة لها من قوتها وعناصر تماسكها، ما يوازن الأغلبية البرلمانية ويحملها على الاعتدال في مواقفها، ويصححها كذلك عند الاقتضاء.

الفصل الثالث عشر

الدولية القضائية على الدستورية وعلاقتها الديمقراطية

المبحث الأول

السلطة المقيدة كضمان نهائي للحرية

٢٧٨- ظل الفقهاء، ولفترة طويلة، ينظرون إلى الدستور باعتباره وعاء السلطة من جهة توزيعها وتنظيمها، وبيان حدودها^(١).

أما حقوق المواطنين وحرياتهم، فإن الدستور وإن كان لا يتجاهلها، إلا أن حمايته لها لم تكن عدهم غير للنتيجة الحتمية لعملية تقسيم السلطة بين الفروع الثلاثة، كبديل عن تركيزها في جهة واحدة تقبض بيدها على كافة مظاهرها.

ولم يكن كافلا لحقوق الأفراد وحرياتهم غير تفقيد السلطة لنفسها وبمنفسها، وتحديد أوصافها الأكثر حماية لحقوق مواطنيها وحرياتهم، وذلك من خلال الفصل بين سلطة إقرار القوانين، وتنفيذها؛ ومباشرة السلطة القضائية لولايتها^(٢).

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول الضاية بعض النظم الديمقراطية على غيرها، إلا أن اتفاقهم كان كبيرا حول مسألة أساسية هي أن السلطة سومن خلال القيود التي تنظم مباشرتها وتكبح جماحها- هي الضمان النهائي للحرية^(٣).

وهم يؤيدون نظرتهم هذه قائلين بأن فصل مظاهر مباشرة السلطة عن بعضها بصورة جامدة؛ أو دمجها في بعض في صورة كاملة؛ وإن كانا معنيين بتأليفان الفصل المرن بين الأفرع التي تباشرها، وضرورة تحقيق قدر من التوازن بينها؛ إلا أن الجدل ظل دائرا حول مفاهيم تقليدية تقوم على أن الحرية لا يكفلها إلا فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وكلتاها عن السلطة القضائية، مع تحديد حقوق كل منها بصورة دقيقة^(٤).

(١) تنص الجملة الثانية من المادة ١٦ من الإعلان الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٦، على أن المجتمع لا يعتبر حلالا لدستور إذا لم يتم فيه الفصل بين السلطات.

(٢) Montesquieu. De l' esprit des lois, livre XI, chap. 6, P.U.F., 1984.

(٣) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 3 e edition, p. 388.

(٤) Michel Troper, la séparation des pouvoirs et l' histoire constitutionnelle française, L.G.D. 1980, p. 205.

المبحث الثاني

الديموقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحرياتهم ووعاء للدستور

٢٧٩- غير أن المفاهيم السابق بيانها، لم تحظ دوماً بالقبول العام، تأسيساً على أن الدساتير في تطورهما الراهن، تلهمها حقوق المواطنين وحرياتهم التي تحرص على بيانها بما لا تجهيل فيه^(١)؛ وأنها لا تولى مبدأ تقسيم السلطة وتوزيعها، الأهمية ذاتها التي توليها لكل حق أو حرية كفلتها؛ وأن العمل في كثير من الدول، قد دل على أن تقسيم السلطة آل إلى توحيدها من خلال سيطرة بسلطتها السلطة التنفيذية المنتخبة -وعن طريق رئيسها- على مظاهر الحياة على اختلافها، واقتضائها من الآخرين الخضوع لها، والنزول على توجهاتها؛ بل وطلبها أن يكون الولاء لها كاملاً ليس فقط في فرنسا، ولكن كذلك في النمسا والسويد وألمانيا والبرتغال، بالرغم من تباين دساتير هذه الدول في تنظيمها لأفرع السلطة وقواعد توزيعها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها رئيس مجلس الوزراء هو السلطة القابضة على مقاليد الأمور، فإن دور السلطة التشريعية يتضاءل إلى حد كبير.

وكان لاختلال التوازن بين حقوق السلطة التي تحوزها من خلال امتيازاتها، وحقوق المواطنين وحرياتهم التي يطلبونها، أثر كبير في الانتقال من مفاهيم تقسيم السلطة وتوزيعها، إلى مفاهيم تناقضها حاصلها أن الدستور يكفل للديموقراطية أسسها عن طريق ضمانه لحقوق المواطنين وحرياتهم.

Passage de la constitution- séparation des pouvoirs à la constitution- garantie des droits.

ذلك أن الدستور ليس السلطة موزعة أو مقيدة. وإنما هو حقوق المواطنين وحرياتهم la constitution c'est la garantie des droits فالحرية لا تكفلها السلطة أيما كان نوع القيود التي فرضها الدستور عليها. وإنما تصونها وتدعمها وثائق إعلان الحقوق التي يفرضها المواطنون على حكاهم ويلزمونهم احترامها. فضلاً عن أن تعزيز الديموقراطية وفق صحيح أسمها،

(١) انظر في ذلك الجملة الأولى من إعلان ١٧٨٩/٨/٢٦ الفرنسي التي تقول:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ... n'a point de constitution

وترجمتها: "لا يعتبر المجتمع حقلاً للدستور، إذا لم تكن ضمانات حقوق الأفراد مكفولة فيه".

يفترض أن تركز الدساتير اهتمامها على الفرد لا على السلطة، وعلى حقوقه وحرياته التي تحدد إطاراً مطلقاً لروابطه بها، خاصة وأن هذه الحقوق والحريات هي التي تتكفل جهة الرقابة على الدستورية -في الأعم- من أجل ضمانها بصورة مطردة، ومن خلال مفاهيم الحققتها بقواعد الدستور ذاتها، مما أحدث تغييراً في نوعيتها.

ولم يعد كافياً بالتالي أن تصوغ الدساتير أحكامها بما يجعل كميتها أكبر في اتجاه حقوق الأفراد وحرياتهم، تمييزاً لتوازنها مع السلطة بكل امتيازاتها؛ وإنما كان على جهة الرقابة على الدستورية أن تتكفل بصورة عملية -ومن خلال مناهجها ووسائلها- لدعم حقوق مواطنيها وحرياتهم، وأن تقوم لشرحها منظوراً قضائياً *la charte jurisprudentielle des droits et libertés*. مفهوماً بالضرورة لوثائق إعلان الحقوق في صيغتها النظرية.

وهذا الانتقال من المفاهيم التي تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة لتنظيم السلطة، إلى التأكيد على أن الدستور هو حقوق المواطنين وحرياتهم، هو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية على ألا تنقذ نفسها بالقامة المظلة التي حصر الدستور حقوق المواطنين وحرياتهم فيها. ذلك أن هذه القائمة المظلة *la liste close* لا تضمنها في الأصل إلا قواعد اللعبة السياسية التي تتحدد ضوابطها على ضوء حقيقة الروابط بين مركز القوة المؤثرة في المجتمع، وفي الحدود التي يؤكد المواطنون فيها -ربكل فئاتهم- يظنونهم في الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم^(١).

ولا كذلك أن تكون قائمة حقوقهم وحرياتهم هذه، من إبداع جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية. ذلك أن هذه القائمة تزداد طولاً وعمقاً *En largeur et profondeur* مع كل حكم يصدر عنها متضمناً مبدأً دستورياً جديداً^(٢). لتحل محل القائمة المظلة، قائمة جديدة مختلفة

(١) انظر في ذلك الوثيقة النهائية لدستور ٣ سبتمبر ١٧٩١ الفرنسي التي جاء فيها أن نقطة الأبواء والأرواح والأمهات، وأعيانهم المساهرة، وكذلك الشباب وكالة المواطنين، هي لضمان حقوقهم.

La vigilance des pères de famille, des épouses et mères, des jeunes citoyens et de tous les français.

(٢) لما قررت المحكمة الدستورية العليا من أن القوانين الجارية يجب أن تصاغ في حدود ضيقة، وأن تتضمن إطاراً كافياً بحقيقة الأعمال التي تؤمنها، يعد مبدأً دستورياً جديداً كافلاً حقوقاً للمواطنين لم ينص عليها الدستور. وكذلك الأمر بالنسبة إلى ما جرى به فضلوها من أن النصوص الخالية لا يجوز أن تكون مفرطة في فسوتها أو ممعة في الحظ من كرامة الإنسان، ومن عدم جواز مخالفة الشخص أكثر من مرة على فصل واحد، أو تقييد حريته على وجه آخر، بغیر الوسائل القانونية السليمة. لكل أولئك مبادئ لا ينص عليها الدستور، وإضافتها المحكمة الدستورية العليا إلى هذه الوثيقة مما جعلها جزءاً منها.

عنها، ولا تتأتى حمايتها إلا عن طريق الأحكام القضائية التي تصدرها الجهة القضائية للرقابة على الدستورية، والتي لا يجوز الامتناع عن تنفيذها أو التراخي فيه. ولم يعد صحيحا مطلق القول بأن كل قاعدة قانونية يأتي بها القانون، يجوز إلغاؤها بقانون لاحق، C'est qu'une loi à fait une autre loi peut le défaire ذلك أن تعديل السلطة التشريعية للقوانين أو إلغاؤها، وإن كان يدخل في وظائفها، إلا أن سلطتها في ذلك حددها قواعد الدستور التي تمنعها من أن تقر أو تعدل قانونا يدخل بفرض لها طبيعة دستورية^(١) Des exigences de caractère consitutionnel، وإلا بطل كل قانون ينتهكها^(٢).

وزاد من قوة هذا الاتجاه، أن دور جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لم يعد مجرد تطوير دائم لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإنما تعداه إلى العمل على حمايتها من خلال أحكامها التي يخرج بها الدستور من صورته الأولى إلى صورة جديدة تكونها هذه الجهة بنفسها L'écriture juridictionnelle des droits. وهي صورة لا تعمل في فراغ. ذلك أن التعديل في أحكامها أو تحويرها أو العدول عنها يقترن دوما بجزء يمثل ضمانات قضائية أعلى في وزنها وقيمتها من نصوص الدستور في صيغها المجردة والهامدة L'écriture institué.

وعلى ضوء تلك الصورة الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم لا تظهر نصوص الدستور كمجرد إطار لتنظيم الروابط داخل الدولة فيما بين مؤسساتها، وإنما بوصفها سبيل النظر إلى غاياتها النهائية- إطارا لحدود علاقتها بمواطنيها التي لا يكفلها غير آلية قضائية ينشئها الدستور ولا تتوخى غير تطوير حقوق المواطنين وحرياتهم، ومجابهة كل إخلال بها، ولو صدر عن السلطة التشريعية ذاتها التي كان ينظر إليها قديما باعتبار أن تشريعاتها هي التي تبلور السيادة الشعبية؛ وأن تمثلها لهيئة الناخبين يعطيها قوتها ومكانتها وهيبتها، وينقل إليها حقوق السيادة التي تملكها؛ وأن الإرادة البرلمانية بالتالي la volonté parlementaire هي ذاتها إرادة الجماهير في مواقعها المختلفة La volonté général de la Nation، ومن ثم تتصهر هاتان الإرادتان وتندمجان، لتظهر الإرادة البرلمانية كرافعة فعلية للسيادة الشعبية^(٣).

l'érigeant effectivement en souverain.

^(١) C.C.84- 185 D. C., 18 janvier 1985. R. p.36; C.C., 89- 259 D. C., 26 juillet 1989, R.p.66.

^(٢) C.C. 90 - 281 D. C. , 27 decembre 1990 R. p. 91.

^(٣) Carré de Malberg , la loi . expression de la volonté générale, Economica 1984.

بيد أن تصور قيام الديمقراطية على هذه المفاهيم، كان محببا من جهتين:

أولاهما: أنها لم تكن غير تعبير عن تسلط السلطة التشريعية حتى لا تنقيد بضوابط تحد من حركتها. شأن موقفها في ذلك، شأن ما قرره لويس الخامس عشر من أن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز فصلها عن حقوق ملوكهم ومصالحهم، بل يتعين لمجها في بعضها البعض لضمان تناسقها^(١).

ثانيتهما: أن حقوق من يباشرون السلطة، يتعين تمييزها عن حقوق الخاضعين لها، فلا تختلط حقوق المواطنين بمصالحهم. وإنما يكون لحقوق المواطنين ذاتيتها التي تنفصل بها عن حقوق السلطة وامتيازاتها، بما يعمق الفواصل بين الفريقين، تؤكد حقيقة قانونية مفادها أن الدستور لا يتوخى بالقيود التي يفرضها على مباشرة السلطة لامتيازاتها، غير ضمان خضوعها لإرادة مواطنيها الذين يملكون حقوق المبادأة الفعلية التي تفرض نفسها على كل سيادة غيرها حتى تكون موضعها ومركزها، خارج حدود كل دائرة تعمل على خلاتها.

وإذا كان العمل قد دل على إغفاق الديمقراطية المباشرة - وهي تعبير مباشر، وكامل عن السيادة الشعبية - بالنظر إلى تحذر تطبيقها عملا، مما حمل الجماهير على إيدائها بالديموقراطية التمثيلية التي تفوض بها الجماهير من يوليون عنها في التعبير عن إرادتها؛ إلا أن هؤلاء قد لا يقلحون في التعبير عما تريده الجماهير، أو يخونونها، أو يسيئون فهمها، أو يعرضون قضاياها بالطريقة التي لا تكلل مصالحها. ويتعين بالتالي توفيق تصرفاتهم من خلال إبطال جهة الرقابة القضائية للقوانين التي أقرتها، على ضوء نظرتها إلى الدستور باعتباره وثيقة لحقوق المواطنين. La Constitution charte des droits لا يكتفها مواها، بحكم استقلال موقعها عن كل من السلطة التشريعية وللتقنينية. فلا يقيمها الدستور داخل حدودها، ولا في منطقة التماس معها، ولا حتى على خطوطها.

وهي فوق هذا لا تقرر فقط أن لكل من الحكام ومحكوميهما حقوقا مختلفة، ولكنها تتدخل من خلال رقابتها لبيان قائمة الحقوق التي يملكها كل فريق في مواجهة الآخر، ولتحديد نوع المصالح التي يختص بها.

(١) انظر خطاب لويس الخامس عشر إلى البرلمان في ١٧٦٦/٣

فالمصالح السياسية التي تعمل السلطان التشريعية والتفوضية على تحقيقها، لا يجوز أن تناقض التكوين المدني لمجتمعها الذي تتفوق فيه حقوق الأفراد على تلك المصالح. ذلك أن الأفراد يباشرون السيادة للشعبية التي كان ارتباطها قويا بالحقوق التي كفلتها في وثائق إعلان الحقوق، وعلى الأخص كلما دل القبول بهذه الوثائق عن طريق استفتاء عام، على الانضمام إليها فيما قرره من حقوق^(١).

ولقد كان انحياز جهة الرقابة على الدستورية للسيادة الشعبية في حققة مدلولها - والتي لا شأن لها بالطبيعة التمثيلية للبرلمان - مفضيا إلى تغيير في نوعية المفاهيم الديمقراطية التي يلتزمها المشرع *la qualité démocratique de législation*. وهو تغيير لن يكتمل في فرنسا إلا بتحويل الأفراد حق الطعن في دستورية القوانين التي يضر تطبيقها بمصالحهم، ولو كان ذلك بعد العمل بها^(٢).

(١) أعطى المجلس الدستوري الفرنسي قيمة دستورية لحقوق الملكية، وعليها على الإرادة البرلمانية فاضيا بأن الشعب الفرنسي هو الذي رفض بمقتضى الاستفتاء الذي تم في ٥ مايو ١٩٤٦ إصدار إعلان جديد لحقوق الإنسان يشمل مبادئ غير التي سبق إعلانها عام ١٧٨٩. كذلك فإن هذا الشعب هو الذي وافق لسي استفتاء ١٣/١٠/١٩٥٨ على نصوص تعطي القيمة الدستورية للمبادئ والحقوق المعن على ١٧٨٩.

(٢) ومن ذلك ما قرره بعض الفقهاء من أن المجلس الدستوري في فرنسا قد أعطى البرلمان بقراره رقم 21 Janv. 1990, R.P. 11, D.C. 89-271 دراسة في الديمقراطية حين وضع البرلمان فيودا غير مبررة على حرية تنفق الآراء والأفكار. كذلك دمج المجلس الدستوري بالبطان تشريعا برلمانيا فرق فيه بين المواطنين والأجانب بعد أن استبد الأجانب المقيم بانتظام في فرنسا من الحصول على التمتع الاجتماعية التي يحصل عليها المواطن 13 Janv. 1990, R.P. 22, D.C. 89-269.

المبحث الثالث

انهيار مفاهيم الديمقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها.

٢٨٠- على أن الديمقراطية المعاصرة، وإن كانت هي الديمقراطية البرلمانية التي ترفض تأسيس سلطة الأمير على مشيئته التي يقبها على الحق الإلهي *Le droit divin*، وتأخذ بما تنص عليه المادة ٦ من إعلان ١٩٨٩ التي تنص بأن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، وأن لكل المواطنين الحق في العمل ما سواه بأشخاصهم أو عن طريق ممثلهم - من أجل تشكيله؛ وكان من يمثلون المواطنين في مجموعهم، قد صاروا مسئولين عن التعبير عن هذه الإرادة بعد سقوط الديمقراطية المباشرة؛ وكان القانون قد صار بالتالي مركز الديمقراطية التيابية التي تقترض وجود ممثلين للجماهير أنابتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية، وفوضتهم كذلك في النظر في شؤونها *Chargé par la Nation de vouloir pour la Nation* فلا تكون القوانين التي يقرونها - وبالضرورة- غير تعبير عن إرادة الجماهير؛ إلا أن الديمقراطية التمثيلية لم تكن في حقيقتها غير خلط بين إرادة الجماهير، وكيفية التعبير عنها، ذلك أن إرادة الجماهير لا يشكلها عدد الأفراد الذين يسهمون في تكوينها، ولا نوعيتهم. وإنما الإيمان بالقيمة المطلقة لحكم العقل^(١) *La croyance de la valeur absolue de la raison* هو الذي يضاف عليها قيمتها.

وفي هذه الحدود، ارتبط مبدأ سيادة القانون بالخنوع الكامل لفرأى العقل وموجباته التي يلتزمها البرلمانيون في تحديد مضمون كل قانون يقرونه. وكذلك في مناقشتهم لدخل البرلمان، وأساسها المواجهة، والملائية، والحوار المنظم.

بيد أن ما يلاحظ اليوم هو أن البرلمانيين فقدوا مصداقيتهم ومكانتهم. ذلك أنهم يقدمون مصالح حزبهم على مصالح أممتهم، وتحتاز تشريعاتهم كذلك لبيئة الناخبين أكثر من استجاباتهم لحكم العقل؛ مما جعل جماعات الضغط والنظم النقابية، والجمعيات أفضل تمثيلاً من البرلمانيين وأعمق تأثيراً في التعبير عن إرادة الجماهير وتشكيلها.

فضلاً عن أن ضوابط الانضباط الحزبي *Le discipline majoritaire* كثيراً ما يصير بها الحوار لدخل البرلمان عقيماً جدباً.

(١) يقول جورج بورديو أن القانون بيان منطقي يفرضه مقتضيات العقل، *U n édifice rationnel élevé pour des êtres de raison* [George Burdeau: Une survivance: la nation de constitution, sirey1956,p.53].

وتقوم الصحافة اليوم بدور البرلمان فيما يتعلق بتبصير المواطنين بحقيقة الأوضاع التي يعيشونها، وبتشكيل إرادتهم بما يحقق طموحاتهم ويحرر عن روحهم، ويفرض أشكالاً من الرقابة على حكاهم.

وكان ارتباط أعضاء السلطة التشريعية بالمواطنين بالتالي، أقل بكثير من تأثير وسائل الإعلام عليهم، سواء من خلال إنبائهم بالحقائق، أو تشكيل أفكارهم، أو التعبير عن آمالهم، أو دعم مواقفهم في مواجهة السلطة^(١).

ولقد اقترن القول مركز البرلمان، بطور آخر من أطوار الديمقراطية المعاصرة، تمثل في سيطرة التكنوقراطيين على مقاليد الأمور في أوطانهم من خلال مفاهيم العدالة الاجتماعية، والأداء الأكثر لتحقيق للمهام الوطنية.

وقد كان لهذه المفاهيم العلمية دور حتى في تحقيق الديمقراطية المباشرة، وذلك بالنظر إلى تجردها من كافة العوامل الشخصية؛ ومن كل تأثير من طبيعة أيديولوجية؛ وكذلك من خلال فعالية وحيدة النشاط العام^(٢). بل إن الحقائق العلمية التي قام عليها هذا الطور من الديمقراطية المعاصرة، هي التي أفاد المشرع منها في تطوير القوانين التي أسسها عليها.

بيد أن هذا الشكل الجديد للديمقراطية سرعان ما أخفق في ضمان الحماية الحقيقية لحقوق المواطنين وحررياتهم، وذلك بالنظر إلى عمق اقتناعهم بأن الإدارة لم تفلح في مواجهة العوائق الاقتصادية وعثراتها وأزماتها؛ ولا في تحقيق معدل معقول للتنمية؛ ولا في ضمان الحماية الاجتماعية للناس جميعهم. وحتى كفايتها في العمل، صار مشكوكاً فيها. وتجرع قواؤها ونمطية تصرفاتها، آل كذلك إلى جمود مجتمعا، بل وحصاره.

ولم تعد الإدارة بموظفيها التكنوقراطيين هي الأكثر على العمل. وكان ملحوظاً كذلك شلها للمبادرة الفردية، وتقويضها فرص النظم المختلفة في النهوض بمسئوليتها، مما ألحق بحريات الأفراد أسوأ المخاطر، بالنظر إلى سيطرتها الكاملة على شئون مجتمعا^(٣) La maître absolue de la société.

(١) Walter Begehat, La Constitution Britannique, Paris - Germer- Baillière, 1869.

(٢) Georges Burdeau, L'Etat, Seuil, 1970, p. N 7.

(٣) Jacques Chevollier, La fin de l'Etat providence, projet, Mars 1980.

المبحث الرابع

دور جهة الرقابة على الدستورية في تصديق الديمقراطية

٢٨١- وإذا كان من الفرائض التي تقتضيها الديمقراطية المعاصرة، مواجهة أعمال السلطة بصورة مطردة - بالقيم التي ارتضتها الجماعة وشخصتها، فقد كان من المنطقي أن يسلو دور القضاء في النظم الدستورية ذلك أن الوظيفة التي يتولونها انتقادية بطبيعتها *Une fonction critique* تتفيا تحليل أعمال السلطة بقصد تقييمها، والتحقق من مطابقتها للقيم التي قام مجتمعهم عليها، كقيم للكفاح في المعاملة القانونية، وفي الحرية، وفي الملكية. وظهر القضاء بوصفهم أماء على هذه القيم، يحرسونها ويردون كل عدوان عليها *Les gardiens des valeurs*، ويستفلسون كذلك الضوابط التي يحدون على أساسها، ما إذا كان العمل الصادر عن السلطة يعتبر صحيحا أو باطلا. وكان موقفهم من فهم الجماعة وثوابتها ليس فقط مجرد استظهارها، وإنما كذلك تطبيقها في شأن أعمال السلطة جميعها لضمان خصائصها الديمقراطية.

٢٨٢- وقد أثار ذلك تساؤلا حول الشرعية الديمقراطية لتدخل القضاء -غير المنتخبين- في أعمال أية سلطة منتخبة بطريق الاقتراع العام المباشر^(١).

وهو تساؤل رد عليه الوضعيون والطبيحيون بطرق مختلفة، وإن كانت نقطة البداية فيها تقتضي تحديد مفهوم الديمقراطية التي يعمل القضاء في إطارها.

٢٨٣ - فالوضعيون *Les positivistes* يفسرون الشرعية الديمقراطية لتدخل القضاء في أعمال السلطة المنتخبة، بقولهم بأن تقرير عدم دستورية القانون يفترض أولا تحقق خلل إجرائي فيه *Irregularité de procedure*^(٢) ويميزون في ذلك بين منطقة للشرعية الدستورية التي تعنيها السلطة التأسيسية، ومنطقة للشرعية القانونية التي يختص البرلمان بها. فإذا تدخل المشرع في منطقة الشرعية الدستورية سواء بتقويم مسائل من طبيعة دستورية، أو بإقراره قوانين تتلفض في مضمونها المبادئ الموضوعية التي وضعتها السلطة التأسيسية، فإن المشرع يكون قد تجاوز حدود

(١) Georges Védal, la conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l' homme, Pouvoirs, 1988, no. 45. P.P. 149.

(٢) Charles Eisenman, La justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d' Autriche. Economica, 1986, p.17.

ضوابط الاختصاص التي وضعتها هذه السلطة للفصل بين منطقة الشرعية الدستورية، ومنطقة الشرعية القانونية. فلا يكون إبطال القوانين التي أقرها المشرع غير جزاء على تنظيمه مسائل، أو إرادته لنصوص قانونية لا يخص بها. وليس في تقرير هذا الجزء مخالفة لأصول الديمقراطية ومبادئها، ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يعطون بإرادتهم على البرلمان، ولا يفرضون وجهة نظر شخصية يحضون بها إرادة الجماهير التي يعبر عنها نوابهم البرلمانيون، ولا يبحثون في القيمة الداخلية للقانون *La valeur intrinsèque de la loi* ولا ينظرون كذلك في الخصائص الخلقية التي يقوم عليها *La moralité de la loi*؛ ولكنهم يكشفون فقط عن انقضاء ولاية المشرع فيما أقره من النصوص القانونية المطعون عليها. وهذا هو الخلل الإجرائي في هذه النصوص التي يجوز إقرارها من جديد بعد نقادته^(١).

وافضل عما تقدم، يقول الوضعيون بأن كل سلطة أنشأها الدستور، عليها أن تمثل لأحكامه، وأن تعمل في إطارها. بما يتم تدرجا هرميا بين الدستور والسلطة التي أحدثها. فإذا نقض قضاء الشرعية الدستورية قانونا مخالفا في شكله أو مضمونه لقواعد الدستور التي تمثل التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية، فإنهم يقومون بذلك هذه السيادة على عمل البرلمان. ويحفظون بذلك للديمقراطية اسمها وضوابطها.

فلا يخلون بالقيم الديمقراطية، ولكنهم يوثقونها عن طريق تغليبهم الدستور - هو التعبير الأعلى عن السيادة للشعب - على كل سلطة في الدولة، بما في ذلك قضاء الشرعية الدستورية أنفسهم الذين لا يجوز لهم مراقبة دستورية القوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام^(٢).

(١) والسلطة التأسيسية - لا المشرع العادي - هي التي تتولى تصحيح القانون المصيب بعدم الاختصاص. وذلك من خلال قانون دستوري *Par la voie d'une loi constitutionnelle*.

(٢) من المفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تخضع للدستور شأنها في ذلك شأن السلطتين الأخريين. ولا يجوز بالتالي أن تطو أحكامها على السيادة الشعبية. ومن ثم ساء في بعض الدول كالنمسا والبريتان، أن يعيد البرلمان بأغلبية خاصة إقرار القانون الذي قضى بعدم دستوريته. وفي فرنسا يستطيع الشعب بعد دعوته إلى استفتاء عام، أن يؤكد موافقته على القانون الذي حكم بعدم دستورية بقرار من المجلس الدستوري الفرنسي. وفي ذلك، يقرر المجلس الدستوري الفرنسي الحصار رقابته في التواتين التي أقرها البرلمان لا تلك التي وافق الشعب عليها في الاستفتاء.

C.C. 6 2- 20 D. C., 6 Nov. 1962, R. p. 27; C.C. 92- 313 D. C., 23 Sép. 1992, R.P. 94

٢٨٤- والطبيعون *Les jus-naturalistes* يؤيدون كذلك تدخل قضاء الشرعية الدستورية في أعمال البرلمان، ولكنهم يؤمنون هذا التدخل على حجتين مختلفتين:

أولاهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي النتيجة الطبيعية لخصائص حقوق الإنسان في عالميتها ونزولها؛ وعدم جواز الإخلال بها؛ وسبق وجودها حتى على وثائق إعلان الحقوق التي كتبتها ووثقتها علائكية. ذلك أن حقوق الإنسان كامنة فيه، وليس للسلطة السياسية ولا الجماعة التي يرتبط بها، من شأن بمحتواها بالنظر إلى خروجها عن دائرة كل تنظيم من طبيعة وضعية.

وحتى بعد انتقال الأفراد من حالتهم البدائية إلى حالتهم المدنية، فإن دستور الدولة -وهو من تأسيسهم- ظل قلما على ضمان حقوقهم السابقة على وجوده. وهو ما تنص عليه المادة الثانية من إعلان ١٧٨٩ من أن صون حقوق الإنسان في الحرية، وفي الملكية، وفي الأمن، وفي عصيان صور القهر والاضطهاد. يبلور حقوقه الطبيعية التي لا يشملها التقادم والتي تتوخى تحقيقها كل جماعه سياسية.

وليس لأية سلطة في الدولة بالتالي أن تتدع ما تراه من الحقوق. إذ لا يسمعها -وبالنظر إلى علو حقوق الإنسان عليها، ووجودها قبلها- بخير أن تكون الحقوق التي تلتزم وحقوق الإنسان هذه التي يتعين أن ينظر إليها باعتبارها موجهة للقوانين في حركتها، لتفرض نفسها عليها كحقيقة أمره تنسم بالإطلاق.

ومن ثم تعامل حقوق الإنسان باعتبارها واقعة خارج دائرة عمل السلطة السياسية^(١) فإذا كفلها قضاء الشرعية الدستورية من خلال فصلهم في دستورية القوانين للتحقق من (إخلالها أو تقديمها بهذه الحقوق، فإن عملهم لا يكون مخالفا للقيم الديمقراطية.

ذلك أن مفهوم القانون لا يتحدد إلا في ضوء تلك الحقوق، التي تفرض نفسها على السلطة السياسية. ولا يحو هذا المركز الخاص لحقوق الإنسان الواقعة فيما وراء السلطة السياسية، أن

(١) انظر في ذلك ص ١٧ و ١٨ من مؤلف:

Charles Cadaux. Droit constitutionnel et institutions politiques, quatrième édition.

يكون وعاء الشرعية الدستورية للقوانين جميعها. ذلك أن قضاء هذه الشرعية يكفلون إنفاذ تلك الحقوق من خلال إبطال القوانين التي تخل بها.

وهم بذلك يصونون حقوق الإنسان ويحرسونها، ولا يعرضون القيم الديمقراطية، وإنما يعطونها التعبير الأعلى من خلال ضمان خضوع الدولة للقانون بصفة كاملة وفعالية. فلا تطلق يدما في كافة الشؤون l'absolutisme، ولا يقلن التحكم l'arbitraire تصرفاتها. وإنما الحقوق السابقة على القانون هي التي تقيد. وتفرض عليها الاتصايع للقضاة الذين يلزمونها بالخصوع لها.

ومن ثم تنقيد الدولة بالقانون، لا لأنه من صنعها Théorie de l'autolimitation وإنما لأن الدولة تجد نفسها مجابهة بحقيقة قانونية تعلوها وتستقل عنها وتحملها على النزول عليها Théorie de l'hétérolimitation.

وينبغي أن يلاحظ على الأخص، أن الرقابة على دستورية القوانين لا تعتبر مجرد آلية من طبيعة فنية تقتصر أهدافها على مجرد إخضاع الدولة بكافة أجهزتها لمبدأ التدرج في القواعد القانونية. ولكنها أولا وقبل كل شيء وسيلة لإلزامها باحترام حقوق الإنسان وحرياته، وضمان تنفيذ دولة القانون لا بالقانون بوجه عام وأيا كان محتواه، وإنما بكافة القوانين التي تعبر عن قيم الحرية والمساواة والشماع.

وجميعها حقوق تكفل انتفاع الأفراد بها في مواجهة الدولة التي قد تعارضها. فلا يكون اعترافها بها عن طريق مؤسستها - والقضائية منها بوجه خاص- غير تأكيد لسموها عليها، وتعميق للقيم الديمقراطية.

ثانيتهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي النتيجة المنطقية لفرائض الديمقراطية المعاصرة. ولا جرم في أن للديموقراطية مفاهيم مختلفة من بينها تلك التي تقيمها عن قاعدة الأغلبية البرلمانية التي جاوزها الزمن، أو على الأقل لم تعد كافية لتأسيس الديمقراطية. ذلك أن الديمقراطية الحقيقية اليوم، هي التي تتضمن -بين ما تشمل عليه- صون حقوق الإنسان، وتفترض وجود نظم لها فعاليتها تكفل لهذه الحقوق احترامها في مواجهة الأغلبية

البرلمانية التي قد تنتهكها حتى يفيد منها الأفراد بالألياتهم وطوائفهم وأولادهم وأبا كان قدر اختلافهم فيما بينهم.

وقد تحقق للديموقراطية صحيح مفهومها منذ أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي في ١١/١٩٩٠، أن التعددية في الآراء والأفكار، هي أساس الديمقراطية. وصارت للديموقراطية بالتالي مفهومًا قضائياً متحركاً، وقاعدة للحكم القضائي على أعمال الدولة وتصرفاتها^(١).

La démocratie ainsi définie, devient donc un concept constitutionnel opératoire. C'est à dire une règle de jugement des actes de l'Etat.

(١) C.C. 89- 271, D.C. 11 janv. 1990, R.p. 21.

المبحث الخامس

تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية

٢٨٥- على أن نقطة البداية التي يؤسس عليها الوضعيون والطبيعيون موقفهم من الرقابة على الشرعية الدستورية، تفترض أن الدستور حقيقة لها وجودها فيما وراء جهة الرقابة على الدستورية، وأنها تفرض نفسها عليها، وأن للقواعد الدستورية -الاشكالية منها والموضوعية- تحمل في ذاتها دلالات معانيها، فلا تستلزم جهة الرقابة القضائية منها هذه المعاني، إذ هي واضحة من ذات قواعد الدستور. وإن يكون إبطالها للقانون المناقض للدستور بالتالي، غير مجرد إخطار للمشرع بالمخالفة التي ارتكبها.

لذا علق قانون وجود الجمعية على شرط الترخيص السابق بإنشائها، فإن جهة الرقابة إذ تبطل هذا القانون، فإن عملها أن يزيد على مجرد تنبيه البرلمان إلى أن حرية تكوين الجمعية تتلخص تعليق وجودها على ترخيص سابق، إداريا كان أم قضائيا.

وإذا أقر البرلمان قانونا في شأن تأميم أموال المشروع الخاص، فإن جهة الرقابة التي تبطل هذا القانون لا تفعل أكثر من تذكره بأن المواد ٢ و ١٧ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي، تعنيان عدم جواز تقييد مجال الملكية، وحرية المشروع الخاص.

ومن ثم ينحصر عمل جهة الرقابة القضائية في مواجهة المشرع بالقاعدة الدستورية التي يخالفها، وهي قاعدة تحكم المشرع، وتحكمها كذلك.

وإن يزيد دورها بالتالي على مجرد نقلها وترديدها بلسانها *la porte-parole* وعلى هذا الإطار يصير المنطق القضائي شبيها بعملية حسابية، تنحصر في إنزال القاعدة الدستورية على القانون المطعون بعدم دستوريته عن طريق لقياس المنطقي الذي يقوم على أن مخالفة القانون لقاعدة تملوه، مؤداه أن يصير القانون باطلا.

ولا اجتهد في ذلك من قضاء جهة الرقابة القضائية، وكأنهم مجرد ألواء يرددون معاني تتطرق بها نصوص الدستور *les juges n'étant que la bouche qui prononce les paroles de la constitution* فلا تكون لهم أية سلطة في استخلاص معانيها أو تطويرها^(١). ذلك أن القاعدة

(١) هذه العبارة مستعارة من مونسكيو في مؤلفه روح القوانين. *Liver XI, chap.6.*

الدستورية أسبق في وجودها من وجود جهة الرقابة. وهي بذلك لا تنتهكها. ولكنها تعلنها بطريقة محايدة.

وما يقول به الوضعيون والطبيعون من ترديد جهة الرقابة للقاعدة الدستورية بنفسها وفحواها إنكار لحقيقة المهام التي تقوم جهة الرقابة عليها، وأخصها استبطانها بنفسها مضمون كل قاعدة لها طبيعة دستورية؛ ومفاضلتها بين المعاني المتعددة التي تحملها؛ واختيارها واحداً من بينها يكون أدنى إلى فهمها لحقيقة دلالتها. وتلك عملية خلق للقانون تناقض آراء الوضعيين والطبيين الذين يقولون بأن جهة الرقابة القضائية لا تفعل أكثر من ترديد قاعدة دستورية تنقيد هي نفسها بها.

وكأنهم ينطلقون من تصور أن جهة الرقابة على الدستورية لا تأخذ العوامل السياسية لمسي اعتبارها، وأنها منكفئة على نفسها، ولا شأن لها بالأوضاع القائمة التي تعيشها. وهو ما ينقض حقيقة أن هذه الجهة لا تطبق الدستور بأية عمياء. ولكنها تقوم أولاً بتحديد معاني لنصوصه حتى الواضحة منها، بل هي تقاضل بين المعاني التي يحملها النص الواحد، وتختار واحداً من بينها في إطار عملية خلق وإبداع تتم من خلال التفسير القضائي لنصوص الدستور. فلا تحصل هذه النصوص في النهاية، غير المعاني التي تنسبها إليها جهة الرقابة على الدستورية، وتربطها بها.

وما يقال من أن جهة الرقابة على الدستورية غير منتخبة، ولا مسئولة عن أعمالها أمام أية جهة^(١)، ولا يجوز بالتالي أن تبشر دوراً سياسياً؛ مردود بأن هذه الجهة تتولى تقييم أعمال السلطة التشريعية وتنقيحها، وهي تدعوها إلى تصحيح أخطائها وتبصرها بعواقبها، وتبطل القوانين الصادرة عنها؛ وتحدد كذلك من خلال أحكامها ما ينبغي أن يكون سلوكاً رشيداً للقائمين بالعمل العام في مواقعهم المختلفة.

فضلاً عن أن الرقابة التي تبشرها لها ثقلها سواء في مرحلة إعداد الحكومة للقانون، أو على صعيد الحوار حول محتواه فيما بين أعضاء السلطة التشريعية عند عرضه عليها.

(١) يقال أن السلطة السياسية لا تملكها إلا الجهات التي حولها الدستور اختصاص تنظيم أعمال من طبيعة سياسية كالسلطة التشريعية؛ ولا تبشرها إلا جهة يجوز محاسبتها أمام الجماهير عن أعمالها ومن ذلك مسائلة الحكومة أمام البرلمان بحجب الثقة عنها ومحاسبة البرلمان من خلال طه، ومراقبة الحكومة من خلال حق الاعتراض الذي قد يأتي بأغلبية برلمانية تعادياً.

ولم يعد للبرلمان بالتالي -في مباشرته لسلطته التشريعية- أن يغل بأية قاعدة لها قيمة دستورية^(١). ذلك إن تمتعها بهذه القيمة، يعطيها فوق أجهزة الدولة جميعها، ويؤكد أن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور^(٢).

la loi n'exprime pas la volonté generale que dans le respect de la constitution.

وهو ما يعنى أن الديمقراطية كما هي قرار الأغلبية، إنها كذلك قرار احترامها لحقوق الفرد وحرياته من خلال القيم التي حرص الدستور على تثبيتها. مما جعل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية في بؤرة الصراع بين الحكومة التي تعتبر أصل كل مشروع يقدم إلى البرلمان من جهة، وفيما يدور داخل البرلمان من جدل وحوار حول المشروع تعديلا أو رفضا من جهة أخرى. فلا تكون الحكومة، والبرلمان، وجهة الرقابة على الدستورية، إلا عناصر فاعلة في منظومة صناعة القانون، ولكل منها دور مشروع فيها. وإن كان متقاربا في درجته.

فالحكومة تعتمد في شرعيتها على ثقة الأغلبية البرلمانية بها. والبرلمان يعتمد في شرعيته على ثقة هيئة الناخبين به. وهو يطرح على ضوء هذه الثقة -بصورة علنية- المشروع المعروض عليه، سواء من جهة ملائمة نصوصه، أو من زاوية مضمونها.

وشرعية جهة الرقابة أساسها انحيازها لقيم الدستور وانتصافها لحقوق الفرد وحرياته. وقراراتها التي تفرضها على الدولة بكل تنظيماتها، تعطيها مركزا متميزا على مؤسساتها يجعل تفسيرها للدستور نهائيا. فلا تراجعها فيه جهة قضائية أو غير قضائية.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية حرية كاملة في انتقاء الطول النسي تستصوبها. إذ تتأثر في قراراتها بمجموعة من العوامل نقيمت على حدود الاعتدال لا التحكم. فالبرلمان وأسلطة الجامعة والمحامون والمزارعون والعمال يفسرون الدستور كل وفق ما يراه أكثر صوابا لأحكامه وإلى جانبهم رجال الصحافة بضغطها وتعبئتها لأراء الجماهير في اتجاه دون آخر. ومعهم كذلك جماعات الضغط على اختلافها كالجمعيات والنقابات -العمالية والمهنية-

(١) C. C. 81 - 132 D. C., 16 janvier 1982 . R. p. 18.

(٢) Ç.C. 85 197 D. C. 23 Août 1985 . R. p. 70

فلا تكون أرواها غير قوة لها تأثيرها على جهة الرقابة على الدستورية، تجعلها أكثر حذرا فسي
تقريراتها، خاصة إذا قبلتها سوابقتها القديمة بمفاهيمها^(١).

وفي ظل هذه الأوضاع، كان على الجهة القضائية للرقابة على الشرعية الدستورية، أن
توفق بين الآراء المختلفة؛ وأن تحرص على موضوعية أحكامها؛ وأن تقيم رابطة منطقية بينها
تكفل تماسكها، وتحول دون تعثرها، فلا تتباعد أو تتناقض اتجاهاتها، حتى يظل القبول بأحكامها
قائما من منطلق قوة الإقناع، ويقظة الضمير. فما تقرر جهة الرقابة على الدستورية من أن
كرامة الإنسان وصونها، أصل كل حرية يطلبها، ووعاء لحقوقه جميعا؛ لا يجوز أن يكون تعديرا
منفلقا دون ضابط، ولا منبثا عن سلطة تفسيرية كاملة تخولها أن تقرر ما تريد؛ وإما عليها أن تقيم
لهذه القاعدة أسسها ودعماتها التي ينلقشها الدافعون لها، فلا تكون صحتها ومثالة حجتها، غير
دعوة مفتوحة للانضمام إلى تقريراتها.

وفي ذلك ما يحمل جهة الرقابة على الدستورية على أن تبصر أحكامها حقيقة الأوضاع
التي تحيطها؛ وأن تقرر وجهات النظر المختلفة التي تتصل ببعض نقاطها؛ وأن تكون أسبابها
متواصلة منطقيا في غير انقطاع، وتسلدا في أصولها وفروعها مضيا إلى منطوقها، دالا على
ارتباط مقدماتها بنتائجها. فلا تكون القاعدة الدستورية التي ترسبها جهة الرقابة إلا مرجحة مصالح
لها خطرها؛ ومنبئة عن تطور في اتجاه للتقدم.

وفي ذلك ما يماز بين للنظم الشمولية والنظم الديمقراطية. ذلك أن أولاما تنظر إلى حقوق
الفرد وحياته على ضوء مفاهيم تفرضها أيديولوجية تبنتها، ولا تتسامح في جعل يسود حول
توسيتها أو كيفية تطبيقها إلا في الحدود التي تأذن بها.

ولا كذلك النظم الديمقراطية التي لا تتلق معها مفاهيم الحق والحرية. بل تكون مقفوعة
معانها، متطورة مقاصدها، في إطار دائرة من الحوار تنوع مجالاتها، وتتعدد حلقاتها، وتطرح
بأدواتها ما تراه صائبا في تقديرها. فلا تنفرد الأغلبية بتقرير كل شأن عام، ولا تكون لها شوعية
نهائية تحول دون محاسبتها عن أخطائها.

(١) Charles Cadoux, Droit constitutionnel et institution politiques, quatrième édition, p. 299-315.

وفي ذلك المحيط، تعمل جهة للرقابة على الدستورية التي تطرح بأحكامها القيم التي احتضنها الدستور. فلا تنتظر إلى خياراتها في المسائل المعروضة عليها باعتبارها حلولاً نهائية لها. وعليها بالتالي أن تغل بصورة مطردة كل تطور في المفاهيم التي تتحدد على ضوئها دستورية النصوص القانونية، وأن تقرر للمواطنين الحقوق الأکفل لمصالحهم، ولو لم ينص عليها الدستور، كلما أمكن ربط هذه الحقوق بأحكامه. وفي ذلك تعميق للديمقراطية.

المبحث السادس

أثر المفاهيم الديمقراطية على المحكمة الدستورية العليا

٢٨٦- ثمة حقيقة لا نزاع فيها، هي أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية إن تحقق ما يرد لها من تطور، ولن تبلغ الأمل المعقودة عليها في غيبة الديمقراطية المتكاملة في أركانها ووسائلها وأهدافها، والتي تمارض بمفاهيمها نظرية الخطوط الحمراء التي لا يجوز اجتيازها أو الفواصل التي لا يجوز تخطيها، والمساكن التي لا تجوز مناقشتها إلا وراء جدران مغلقة، والطول للجزئية لأوضاع قائمة بظلمها وتفرقتها بين المواطنين، والحواجز التي تقيد مضمون الحوار وطرائقه، والتلون بالانتهازية وبريق الأطماع وصولاً إلى المراكز المؤثرة في اتخاذ القرار، وإحلال تركيز السلطة محل توزيعها، واستقرارها في يد من يتولاها إلى غير حد، بدلا من تداولها من خلال حق الاقتراع كي يظفر بها من يستحقها عدلا لا بهتاناً مغالبة لا زلفى.

ولا تزال السلطة في الدول النامية -حتى اليوم- بيد فئة محدودة تطر بموقعها فوق كل الجباه، وتستبد بوسائلها بكل أمر، وتقر خصومها بكل الطرق. وحتى الذين يناصرونها، لا يؤمنون حقاً بها، وإنما يقدمون قرابينهم إليها حتى يحظوا بموطئ قدم لديها، ويحصلون منها على المزايا التي تكافئهم بها، والفرص التي تنبئها لهم بغير الحق. فلا تكون هذه المزايا والفرص إلا أسلحة يتقاسمون بها، وغنائم يختصون بها بالمخالفة للقانون.

والمواطنون إلى جانبهم قابضون في أماكنهم لا يتحولون عنها حتى لا تتألم السلطة بفحشها وتمردوا، بعد أن صار القانون أداة بطشها تصوغ نصوصه بالكيفية التي تراها، وبالمقاييس التي تستصوبها.

ولا تزال شهوة السلطة بريقا خاطفا للأبصار. وطغيان نفوذها قاهرا لكل القيم، وإلحها يتخذ من الشرعية التي يناهضها ثوبا وإطارا.

وكان من المفترض أن تؤثر مثل هذه الأوضاع في الكيفية التي تباشر بها المحكمة الدستورية العليا ولايتها؛ وأن تعجزها عن القيام بمهامها، لولا أن رجالها كانوا أحد بصرا بآمال مواطنيهم وطرق تحقيقها؛ وكان عليهم أن يردوا المسائل المتنازع عليها إلى أصولها في السدول

الديمقراطية؛ فأجروا عليها مقاييسها وقرروا في أحكامهم أن حقوق الإنسان وحياته في مصو لا تتحدد مضامينها، ولا ضوابط ممارستها إلا وفق المعايير التي للزمتها الدول الديمقراطية واتخذتها أسلوبا لحياتها، فلا تكون لحقوقهم وحياتهم هذه معايير ضيقة تنال من جوهرها. بل هي الأفاق الديمقراطية الأرحب والأعمق، تسعها في كل تطبيقاتها، وتواجهها بالقيم التي احتضنها الدستور، وبخصائص الدولة القانونية في نظمها وتوجهاتها، وبضرورة أن تكون الحرية في معناها الحق، هي إرادة الاختيار والإبداع وملطة التقرير^(١).

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس حيث تقول المحكمة أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في دولة القانون عليها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد، واستقر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة.

ونظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٤١ وما بعدها من الجزء الثامن حيث تقول المحكمة الدستورية العليا إن الإبداع ليس إلا موقفا حرا واعيا يتناول ألوانا من العلوم والفنون تحدد أشكالها وممارق التعبير منها. وهو في حياة الأمم إثراء لها وأداة ارتقائها.

الفصل الرابع عشر

الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها

المبحث الأول

تنوع مصادر الشرعية الدستورية

٢٨٧- تنوع المصادر التي تحتكم إليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية في مجال الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها. فلا يكون الدستور وحده مرجعها، وإنما تقوم إلى جوارها نصوص أخرى لها قيمة دستورية كوثائق إعلان الحقوق.

وتنوع هذه المصادر يفيد بالضرورة تفاوت معانيها، وتفرق توجهاتها واحتمال تعارضها فيما بينها Hétérogénéité بالنظر إلى اختلافها في الحقائق التاريخية التي تحيط بها، وتباين ظروفها، وتنوع المفاهيم الفلسفية التي انبثقت، فلا يكون تبسجها، ولا وقت صدورها، متجانسا، ولا تربطها ببعض وحدة المفاهيم التي وجهتها ولا القيم التي لحوتها، ولا الأجواء التي لا يمتها.

ذلك أن ما يميز تلك المصادر هو التعارض لا التوافق، بل إن تنافرها فيما بينها يعتبر جوهر خصائصها Le caractère principale.

فالحقوق المدنية والسياسية كحرية التعبير والحق في الحياة وحرية التنقل، مقررّة أصلا لمصلحة الفرد في مواجهة الدولة التي يتعين عليها ألا تتدخل في هذه الحقوق إلا في أضيق الحدود سواء لضمان الوسائل الأفضل لانتفاع المواطنين بها، أو تأكيد ذاتيتهم، أو لتحقيق التوافق بين مباشرتها وحقوق الآخرين، فلا يضارون بسببها.

ولا كذلك الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التي تقتضي تدخلًا إيجابيًا من الدولة يجعلها مدينة بها Droits - créances لمصلحة الأفراد والجماعات كضمانها حداً أدنى من الدخول وتوفيرها المعاهد التعليمية وأدواتها، وكفالتها الوسائل الطبية التي تصون بها صحة مواطنيها وتقيهم مخاطر الأمراض على اختلافها. وهذه الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق هي التي يبلتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

"الأصل في الحقوق المدنية والسياسية، هو اتساعها بإمكان توكيدها قضاء justiciable وإنفاذها جبرا Enforceable ذلك أن مجرد امتناع الدولة عن التدخل في نطاقها دون مقتض، يعتبر كافيا لضمانها. وعليها بالتالي ألا تلتئى لفعالا تعارضها أو تنقضها.

وعلى نقيض ذلك لا يتصور ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلا من خلال تدخل الدولة إيجابيا لتقريرها عن طريق الاعتماد على مواردها الذاتية التي تنبجها قدراتها؛ بما مؤدها، أن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية هي التي تنامض الفقر والجوع والمرض، ويستحيل بالنظر إلى طبيعتها صونها لكل الناس في آن واحد، بل يكون تحقيقها داخل الدولة، مرتبطا بأوضاعها وقدراتها ودملاق تقدمها، وعمق مسؤولياتها قبل مواطنيها، وإمكان النهوض بمطالباتها.

فلا تنفذ هذه الحقوق نفاذا فوريا، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمتا، وتتصاعد ككلفتها بالنظر إلى مسؤولياتها وتبعها لطلاقها، لكون تدخل الدولة إيجابيا لإيفائها، متتابعا، واقعا في أجزاء من إقليمها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعا^(١).

كذلك لا يتعلق التباير في الحقوق بما هو منصوص عليه منها في الدستور. وإنما تتفاوت كذلك وثائق إعلان الحقوق في مبالنها وتوجهاتها.

ذلك أن منها ما يقدم للفرد على الجماعة، وتظهر نزعة الفردية شديدة الوضوح. ومنها ما يؤسس الديموقراطية على القيم الاقتصادية والاجتماعية التي تقدم للحقوق الجماعة على الحقوق الفردية. بل إن الدساتير ووثائق إعلان الحقوق لا تتعارض فقط في الخطوط العريضة التي تعمل في إطارها. وإنما كذلك في مكوناتها.

فالمعمال الذين يضربون عن العمل، يخلون بحق المرافق في ضمان انتظامها حال أن إضرابهم يعتبر من الحقوق ذات القيمة الدستورية التي تقوم إلى جوار حق المرافق في تأمين سيرها المنتظم. وكلاهما بالتالي حقان دستوريان^(٢).

(١) دستورية عليا "القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٣٣- ص ٥٥١ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) C. C. 79- 105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33.

كذلك فإن الحرية الفردية وما يقارنها من الحق في التنقل جنة وذهابا، قد تكافض حق الجماعة في ضمان أمنها وتحقيق خيرها العام. وكلاهما حقان دستوريان^(١). وتظل حرية العامل في تحديد أجره، بحق منظمته النقابية في التدخل لتقرير شروط عمل الفضل لمصلحته أعضائها. وكلاهما ميدان دستوريان يتفرع أولهما عن حق العامل في تقرير شروط العمل الذي دخل فيه باختباره، وثانيهما عن الحرية النقابية^(٢) وتعارض حرية التعليم، حرية الاعتقاد. وكلاهما ميدان دستوريان^(٣).

(١) C. C. 81- 127 D.C., 19- 20 jenu 1981, R.p. 15.

(٢) C. C. 89- 256 D.C., 25 juil. 1989, R.p. 53.

(٣) C. C. 77- 87 D.C., 23 nov. 1977, R.p. 42.

المبحث الثاني

التوفيق بين مصادر الشرعية الدستورية حال تعارضها

٢٨٨- وهذه الصور من التعارض وما يمثّلها، والتي تنطبق جميعها بالحقوق التي تكفلها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق في مضمونها الداخلي، وإن أمكن إزالتها من خلال التوفيق بين الأحكام التي تنظمها وتحديد إطار لكل منها، إلا أن بعض صور التعارض يستحيل توفيقها مع بعضها، ومن بينها التعارض المطلق بين حق العمال في الامتناع عن العمل، وحق المرافق في ضمان تشغيلها من قبل العاملين فيها، فلا طراً لقطاع على سيرها المنتظم..

وتظل الحقيقة الثابتة التي تطلّ دوماً برأسها هي أن نصوص الدستور ووثائق إعلان الحقوق، قد تعارض فيما بينها، وأن وثائق إعلان الحقوق ذاتها قد ينقض بعضها للبعض حال تعددها، وأنه حتى في نطاق الوثيقة الواحدة، فإن أحكامها قد لا تتوافق في مضمونها. وقد يفترق بعضها إلى التحديد، فلا تكون معانيها قاطعة جلية.

ويظهر ذلك بوجه خاص في المبادئ التي تقوم عليها الوثيقة الدستورية. ذلك أن عموم عباراتها يغاير بينها وبين القواعد القانونية التي يحيط التفصيل الحقيقي بأحكامها. وبظل واضحاً أن ما هو جلي من نصوص الوثيقة الواحدة، لا يمثل كثرتها. فما تنص عليه المادة ٨ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي من أن القانون لا يجوز أن يقرر عقوبة جنائية ما لم تفرضها الضرورة الظاهرة المتناهية في شدتها *Strictement et évidemment nécessaires*، يتسم بالغموض، إذ لا تبين هذه المادة حقيقة المقصود بالعقوبة التي يجوز فرضها. وحق العمال في الإضراب عن العمل، وإن كان واضحاً في معناه، إلا أن حرية تداول الأفكار والآراء تغتفر إلى التحديد، فهل تتوجه هذه الحرية إلى من يروجون هذه الآراء أو إلى من يتلقونها؟! وهل حرية وسائل الإعلام هي حرية تملكها، أم حرية الاتصال بها والنفوذ إليها.

وتظل كافة النصوص ذات القيمة الدستورية -رأياً كان قدر وضوحها- مصدر الرقابة القضائية على الدستورية ومرجعها، سواء في ذلك تلك التي تتعلق بضرورة العقوبة^(١) أو بتأمين الأفراد في أشخاصهم وأموالهم وصحتهم^(٢)؛ أو بحرية تنسيق الآراء والأفكار من روافدها

(١) C.C. 81- 127 D.C., 20 janv. 1981. R.p. 15.

(٢) C.C. 80- 117 D.C., 22 juil. 1980. R.p. 42.

المختلفة^(١) أو بالحق في الحصول على عمل^(٢). كذلك فإن غموض الوثيقة الواحدة أو الوثائق المتعددة في بعض أحكامها، أو حتى تناقضها فيما بينها، وإن كان حقيقة قائمة لا يجوز غش البصر عنها، إلا أن غموضها أو تعارضها لا يجوز أن يكون مدخلا إلى تماحيها، ولا أن يؤدي إلى نهاتها فيما بينها.

فما غش من نصوصها لا يجوز استبعاده. وليس للنصوصها الطولية قيمة أكبر من مساها. والتوفيق بين أجزاءها حال تعارضها من الأغراض التي تقوم عليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. وهي تقيم صلة منطقية بين الحقوق السياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وترفض تقرير أولوية لبعضها على بعض. ذلك أن الحقوق التي تكفلها الوثائق الدستورية -وليس كانت دوافعها أو الفلسفة التي تقوم عليها- لا تخرج فيما بينها، ولا يجوز ترتيبها بصورة متساعده على ضوء أهميتها العملية، حتى لو كان بعض هذه الوثائق مكملا لبعضها الآخر. ذلك أن تكملتها لها تفيد سد الفراغ فيها، وتكفل على تضام تلك الوثائق بما يكفل مساندة بعضها لبعض، ومعاملتها عن قدم المساواة الكاملة.

٢٨٩- وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها^(٣):

>>>من المقرر أن حقوق الإنسان وحرياته التي تكفلها الدستور لا تخرج فيما بينها أبسط بعضها على بعض. بل يتعين النظر إليها بوصفها فيما عليها تنظم حقوقا لا تنقسم، فلا يجوز تجزئتها، بل يكون ضمانتها في مجموع عناصرها ومكوناتها، لازما لتطوير الدول لمجتمعاتها وفق قواعد القانون الدولي العام، التي تشكل في التطور الراهن لهذه الحقوق، كثيرا من ملامحها.

ولئن جاز القول بأن لبعض هذه الحقوق -كذلك التي تتعلق بالشخصية القانونية لكل إنسان، وألا ترض عليه عقوبة يكون تطبيقها رجحوا، أو مهينا، أو كاشفا عن قسوتها، ولا أن يكون مسخرا لغيره أو مسترقا- خصائص تكفل ضمانتها في كل الظروف، فلا يجوز تجريده أحد من محتواها، أو إرهابها بيقود تلال منها، وأنها بصفتها هذه تعتبر مفترضا أوليا لقيام غيرها من

(١) C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1982. R.p. 48.

(٢) C.C. 81- 134 D.C., 5 janv. 1982. R.p. 15.

(٣) القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٦/٤/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ٥٦٦ - ٥٦٧ - من

الجزء السابع من أحكامها.

الحقوق، بل ولممارستها في إطار ملائم؛ إلا أن حقوق الإنسان جميعها، لا يجوز عزلها عن بعض، ولو كان لبعضها دور أكبر لصلتها الوثقى بوجوده وأهميته. بل يتعين أن تتوافق وتتكامل فيما بينها، لتتكامل بها الشخصية الإنسانية في أكثر توجهاتها عمقا ونبلا.

يؤيد ذلك أن إنهاء التمييز على أساس من العنصر أو الجنس أو العرق أو العقيدة، يمكن أن يؤثر بصورة جوهرية فيما تقرره الدولة لمواطنيها من التدابير الاقتصادية والاجتماعية التي تعيد بها بناء القوة السياسية وتوجيهها. كذلك فإن صون حرية التعبير والاجتماع للمواطنين، يعتبر عازلا ضد جنوب السلطة وانحرافها، وضمانا لفرص أفضل لتطوير مجتمعهم ليكون مدنيا نابضا بالحياة».

المبحث الثالث

تعارف الوثائق الدستورية لا تلغها

٢٩٠- وفضلا عما تقدم ليس للوثائق الدستورية الألق في صدورها *Lex posterior* قيمة أكبر من تلك السابقة عليها. فليس ثمة حقوق قديمة وأخرى حديثة بما يقدم أحدثها على أقدمها، وليس ثمة حقوق تقتضيها الأوضاع المعاصرة *Droits nécessaires à notre temps*، تكون أعلى كدرا من الحقوق التي كفلتها وثائق ماضية *Droits de caractère dépassé*.

وليس أدل على ذلك من الرجوع إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحيل إلى كل من إعلان ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦، وتجعلها جزءا من الدستور اللقائم بما يؤكد انطواءهما على قيم لا يجوز التخلي عنها مفاهيم معاصرة، وينبغي تساويهما في القوة والأثر بعد الاقتراع الجماهير عليها معا في استفتاء ١٩٥٨/٩/٢٨. كذلك فإن التمييز بين الحقوق على أساس أهميتها ينبغي بالضرورة ترتيبها فيما بينها وفق معايير شخصية تقتدر إلى الدائم التي ترجحها.

ويتعين بالتالي النظر إلى الحقوق التي تدرجها الوثائق الدستورية في صلبها، لا على أبتر أن بعضها أكثر دستورية من غيرها *Plus constitutionnel qu' d' autres*، ولا على أنها تتفرق ولا تتكامل؛ ولا على أن بعضها لا يعتبر مضافا إلى غيره، أو محددا محتواه؛ ولا أكثر أهمية من سواه.

وإذا كان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تفاضل بين هذه الحقوق، فليس ذلك بالنظر إلى ترتيبها وعلو بعضها على بعض، أو اتساع دائرة تطبيقها أو حصرها. وإنما بقصد اختيار القاعدة الأقرب لحل النزاع، والأكثر اتصالا بأبعاده.

ويقتضيها ذلك أن تجل بصرها في كل حالة على حدة، وأن تقدم أصوب الطول التي ترتبها من خلال عملية انتقائية تجريها فيما بين القواعد المختلفة ذات القيمة الدستورية، والتي تتزاحم فيما بينها على حكم العلاقات القانونية التي يطرحها النزاع المعروض عليها، فلا ترجح من بينها غير أكثرها ملامة لها. وليس ذلك إلا تحكما يقدم لقاعدة الأقرب لحل النزاع على سواها. وفي إطار هذه الدائرة تبشر الجهة القضائية رقابتها على الشرعية الدستورية.

ولئن كان يجوز لهذه الجهة أن تفاضل دستوريا بين الحقوق التي تكفلها الدساتير، وغيرها من الوثائق التي لها حكماء إلا أن من الفقهاء من يقول بجواز أن تغاير الجهة القضائية في نطاق الحماية التي تكفلها الحقوق، بالنظر إلى مضمون كل حق منها^(١).

بيد أن وجهة النظر هذه ينفيها أن القائلين بها غير متقنين فيما بينهم على قائمة الحقوق التي تقتضى حماية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية، وحرية التعبير وحرية الصحافة، وحرية العقيدة، على سواها^(٢).

ويركز آخرون على حرية التعبير والعقيدة والحق في الاجتماع وحرية التعليم^(٣). ومنهم من يعطى أولوية في الحماية لحقوق الإنسان جميعها، كالحق في الحرية، وفي الأمن، والملكية وللمرء على الطغيان^(٤). واختلافهم على هذا النحو في قائمة الحقوق الأجرى بالحماية الدستورية، يؤكد الطبيعة الشخصية لاجتهاداتهم، وأن مآلها إلى التمييز بين الحقوق، وإلى تصنيفها على ضوء أهميتها، بما يفيد ترتيبها وتدرجها. وهو أمر غير مقبول بالنظر إلى تكافؤ الحقوق جميعها، وتسويها في مدارجها، لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى التعددية التي يعطيها المجلس الدستوري الفرنسي قيمة مطلقة كأحد شروط الديمقراطية^(٥). Le respect du pluralisme est une des conditions de la démocratie أو هي أساسها^(٦).

وفيما عدا التعددية، ليس ثمة حرية أو حق أو مبدأ من طبيعة مطلقة، وإنما يجوز تقييده.

(١) Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 4 e édition, p. 114.

(٢) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, E. D. C. F. 1988, no 40, p. 181.

(٣) Louis Favoreu, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, Cours Européenne des droits de l'homme, p. 33.

(٤) Dominique Turpin, contentieux constitutionnel, P.U. F., droit fondamental, 1986, p. 86.

(٥) C. C. 82- 141 D. C., 27 juil 1982, R. p. 48; C. C. 84- 181 D. C., 10- 11 Octo. 1984, R.P. 28.

(٦) C. C. 86- 217 D. C., 18 sep. 1986, R.p. 141; C. C. 89- 271, D. C., 11 janv. 1990, R.P. 21.

فالحائزون لأسهم يملكونها، يجوز تقييد حريتهم في النزول عنها^(١) كذلك فإن حرية تكوين المشروع الخاص، يجوز تقييدها وفق مقتضيات الصالح العام^(٢) ويجوز كذلك فرض قيود على الإعلان عن الطباقي والكحول والدعاية لترويجها، وذلك بالنظر إلى إخلال التعامل فيها بصحة المواطنين^(٣).

كذلك يجوز تقييد الحرية للشخصية وحرية الانتقال لحماية أغراض ذات قيمة دستورية تقتضيها المصلحة العامة^(٤)، وحرية التعليم يجوز تقييدها كذلك من خلال تدخل الدولة وإشرافها على تعيين المعلمين بالنظر إلى المعونة المالية التي تقدمها إلى المعاهد للتعليمية^(٥)، ودون إخلال بحرية العقيدة التي يؤمن المعلمون بها^(٦).

وتوفق جهة الرقابة القضائية على الدستورية بين حق المرافق العامة في ضمان سيرها المنتظم، وبين حق العمال في الإضراب^(٧)، ثم بين هذا الحق وحماية الأموال؛ وتعمل هذه الجهة كذلك كحكم في مجال التوفيق بين الحرية للشخصية في تحديد الأجر وبين حرية التفاوض حول مقداره بصورة جماعية.

وفي كل هذه الفروض تقبل الحقوق جميعها -رغم عدا الحق في التعددية - تقييدها بما لا يخل بجوهرها. وتعتبر هذه القيود إطار مباشرتها، ومن أوصافها التي لا تفصل عنها، والتي لا شأن لها بتدرجها أو بترتيبها فيما بينها.

كذلك فإن المبدأ الواحد ذا الطبيعة الدستورية، يجوز أن يقيد بصور مختلفة، على ضوء لوضاع متفاوتة. ولا يجوز بالتالي تقسيم الحقوق إلى حقوق يجوز تقييدها بدرجة أكبر، وإلى حقوق يجوز أن تكون القيود عليها أقل، ولا أن ينظر إلى الحقوق حال سكونها لتحديد نطاق القيود على الحقوق التي يجوز فرضها عليها.

(١) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil, 1989, R. P. 41.

(٢) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil, 1989, R. P. 41.

(٣) C. C. 90- 283 D. C., 8 Janv. 1991, R. P. 11.

(٤) C. C. 85- 187 D. C., 25 janv. 1985, R. p. 43.

(٥) C. C. 84- 185 D. C., 18 janv. 1985, R. p. 36.

(٦) C. C. 77- 87 D. C., 23 nov. 1977, R. p. 42.

(٧) C. C. 89- 257 D. C., 25 juil. 1989, R. p. 59.

وإنما الحقوق في حركتها وفي إطار الأوضاع التي تقارن مباشرة، هي ضوابط تنظيمها.

فالتقيود التي فرضها المشرع على الإعلان عن الطبايق والكحول، وإن كان لا نزاع في مساسها بالحق في الملكية وبحرية تكوين المشروع الخاص؛ إلا أن تلك القيود يبررها أن ضمان صحة المواطنين، يعتبر بلا نزاع مبدأ دستوريا^(١).

كذلك فإن حرية تبادل الآراء والأفكار، وإن كان المستور يصونها، ويرفض بالتالي تطبيق إصدار الصحافة المقروءة على ترخيص سابق؛ إلا أن هذا الترخيص يكون مطلوبا كقيود على هذه الحرية ذاتها كلما تعلق الأمر بصون القيم الخلقية التي قد تخطئ بها وسائل الإعلام السمعية والبصرية^(٢).

ويضاف حرية تكوين الجمعية، تطبيق إنشائها على ترخيص سابق، ما لم تكن الجمعية أجنبية^(٣).

وتتفاوت القيود التي يجوز فرضها على الحق في الإضراب، على ضوء أهمية المرفق العام، فتكون هذه القيود أكبر في المرافق التي تعمل بالطاقة النووية أو تحفظها، وأقل حدة في مرافق الراديو والتلفزيون.

ويبطل بالتالي كل تعميم للقيود التي يجوز فرضها على المرافق العامة، والتي لا يمتد في تحديد نطاقها، لا بأهمية المرفق، ولا بحجم الأضرار التي تلحق المنتفعين به من جراء توقفه عن العمل^(٤).

وهذا التوازن بين الحقوق حال حركتها، والقيود التي يجوز فرضها عليها في أوضاع تلابسها مؤداء ضرورة للنظر إلى هذه الحقوق وقت انتقالها من صيغها المجردة إلى تطبيقاتها العملية، وأن تقرر جهة الرقابة القضائية بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها، وبمراعاة أن المبدأ الواحد قد تتفاير قيوده على ضوء أوضاع تطبيقه.

(١) C.C. 90-283 D.C., 8 janv. 1991, R.p. 11.

(٢) C.C. 86-217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٣) C.C. 71-44 D.C., 16 juil. 1971, R.p. 29.

(٤) C.C. 80-117 D.C., 22 juil. 1980, R.p. 42; C.C. 79-105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33;

C.C. 87-230 D.C., 28 juil. 1987, R.p. 48.

بيد أن هذا التقدير، وإن كان شخصياً تتولاه جهة الرقابة بنفسها ووفق معاييرها، إلا أن شخصية التقدير لا تعنى التحكم، ولا تعنى بالضرورة إلى سلطة مطلقة.

ولما تعمل الجهة القضائية للرقابة في إطار علاقة منطقية بين الحقوق ومتطلباتها من جهة بما يكفل فعالية ممارستها، وبين محيط عام يتصل بأوضاع مباشرة هذه الحقوق من جهة أخرى، ولا يعزلها بالتالي عن بلدها، ولا عن سلطاتها، ولعزايها، وقهراتها، وآراء مواطنيها؛ ولا عن الحدود الأوسع لمجتمعها. ذلك، أن المحيط العام من حولها يضبط حركتها، ويفرض عليها موضوعية التقييم للقود التي يجوز فرضها، وتلك التي يتعين رفضها.

وهي تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها أخذاً في اعتبارها عوامل شتى تختلف أهميتها على ضوء خصائص الحالة المعروضة عليها، من بينها درجة قوة الحجج التي طرحها الدافعون لهذه النصوص والمدافعون عنها، ودولتهم السياسية. فضلاً عن الأوضاع السياسية بوجه عام، وكذلك تلك التي تحيط بوجه خاص بالخصومة الماثلة أمامها، وطبيعة المسائل التي تتناولها ودرجة تعقدها، وردود الفعل التي تثارن للحكم الصادر فيها، وأكثره على تطور مجتمعها، وضوابط القيم التي ينبغي أن يكفلها.

وعليها أن تستلهم في ذلك أقوال الفقهاء، والقضاء المقارن، وبما لا يخل بالترابط المنطقي بين هذا الحكم وأحكامها السابقة، لتعمل جميعها في إطار منظومة واحدة تتصل فيها الحقوق التي تؤكدتها ببعض، فلا تتناثر أوجه حمايتها.

وهذه العوامل المختلفة هي التي تفرض ضغوطها على جهة الرقابة القضائية، فلا تكون أحكامها غير تفاعل معها. وهي تطور مفاهيمها القضائية كي تكفل لمجتمعها السير في اتجاه التقدم *La marche vers le progrès*، ولو تم ذلك بخطى وثيدة^(١).

(١) Jacques Robert, le Conseil constitutionnel en question, le Monde 8 déc. 1981.

الفصل الخامس عشر
الرقابة القضائية على الدستورية
في حدودها الداخلية والخارجية

٢٩١- وما نقرره المحكمة الدستورية العليا من خضوع النصوص القانونية لفرائض الدستور في متطلباتها الشكلية والموضوعية، يقابل ما يقرره القضاء المقارن من الفصل في دستورية النصوص القانونية، سواء من جهة حدودها الخارجية التي تبلور ضوابطها الشكلية؛ أم من زاوية حدودها الداخلية التي تتعلق بمدى اتفاق مادة القانون أو محتواه ومضامين الدستور.

المبحث الأول
مناطق الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية
Le contrôle de la constitutionnalité externe

٢٩٢- يقصد بالحدود الخارجية للنصوص القانونية، أن تصدر السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية تشريعا بالمخالفة للقيود الشكلية التي تطلبها الدستور فيه. وأكثر ما يتحقق ذلك في الأحوال التي لا تلتزم فيها السلطة التشريعية بحدود ولايتها، سواء بطريقة إيجابية أو سلبية. فيكون عدم اختصاصها إيجابيا L'incompétence positive إذا أقرت قانونا عاديا في مسائل قصر الدستور تنظيمها كلها أو بعضها على القوانين العضوية^(١) في الدول التي تفرق بين هذين النوعين من القوانين. وكذلك إذا أقرت قانونا في المسائل التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية.

وقد يكون عدم اختصاص السلطة التشريعية سلبيا يتحقق بتخليها عن مباشرة اختصاص يدخل ولايتها^(٢). كأن تعهد إلى سلطة محلية بفرض ضريبة لا تدخل في اختصاصها، أو تكفل إليها أمر تحديد وعائها أو سعرها أو تاريخ بدء سريانها أو تحويل إلى منظمة وطنية أمر تحديث القواعد التي يتحول بها القطاع العام إلى قطاع خاص، أو تقرير القواعد التي تقيد ممن احتكسر ومائل الاتصال، وبوجه خاص تلك التي تكفل التعددية الصحفية^(٣).

(١) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٢) C.C. 81- 123 D.C., 17 Jan. 1982, R.p. 18.

(٣) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

فالتفويض في هذه الصور جميعها يفيد تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها في الوقت الذي لا يدعوها الدستور فقط إلى تولي مهامها، وإنما يكلفها كذلك بالهوض بها، ويحملها على أن تقرر كافة القواعد الرئيسية التي تدخل في اختصاصها، حتى لا تترك للجهة التي فوضتها -إدارية كانت أم غيرها- سلطة تقديرية عريضة.

ذلك أن القانون، وكلما أحاط بالقواعد الرئيسية التي يقوم عليها، كان حائلاً دون إخلال آخرين بولاية السلطة التشريعية التي تتدخل جهة للرقابة على الدستورية في هذه الفروض لصون حدودها، حتى لا يكون تخليها عن بعض مظاهر ولايتها، نكراً سلبياً عن مباشرتها؛ مثلما يعتبر خروجها عن حدود هذه الولاية، تعدياً إيجابياً على سلطة تملكها غيرها.

ويستتبع تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها أكثر صور الرقابة على الدستورية صرامة. بل إن جهة الرقابة على الدستورية، تظهر في مواجهة هذا التخلي، وكأنها المدافعة عن ولاية السلطة التشريعية، الحريصة على أن تكون تشريعاتها وافية في مبادئها وقواعدها، بما يكفل تحقيق أهدافها.

وكما كان التفويض الصادر عن السلطة التشريعية مرناً غير قاطعة حدوده، فإن الجبة التي فوضتها في اختصاصها، تتحول إلى سلطة نهائية للتقرير، فلا تكون سلطة مقيدة، بل مطلقة.

ولأن تخلي السلطة التشريعية عن ولايتها، يعود إلى تسليها من مباشرتها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تتردد في أن تواجهه من تلقاء نفسها D'office، إذا لم يكن الطاعن قد فطن إلى هذا العوار، أو كان لم يحبأ به^(١).

على أن المطاعن الفلكية التي تتور النصوص القانونية، لا تقتصر على لاقحامها وإلابة اختص الدستور غيرها بها، ولكنها تشمل كذلك كل خلل إجرأى في النصوص القانونية، إذا كان الدستور قد حظر الوجود فيه. ذلك أن مثل هذا الخلل -أيا كان قره أو أثره على عملية إقرار القانون- مؤداة بطلان النصوص القانونية التي تعلق كل خلل إجرأى في النصوص القانونية، مؤداة بطلانها، أيا كان قدر هذا الخلل، أو أثره على عملية إقرار القانون.

(١) C.C. 83 165 D.C., 20 jans 1984, R.p. 38.

ويعتبر خلا لإجرائها يبطل القانون بوجه خاص، حرمان أعضاء السلطة التشريعية أو بعضهم من حقهم في التعبير عن آرائهم فيه، أو الخوض في بعض جوانبه، أو من الحصول على أية معلومة يرونها لازمة لتقييم النصوص التي تضمنتها. ذلك أن الأوضاع الشكالية التي يطلبها الدستور في النصوص القانونية، من قولها: لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنيلها أصلا في غيابها، لتنفذ بتدخلها مماتها كقواعد قانونية يحمل المخاطبون بها على النزول عليها^(١) وتتوالى المخالفة للشكالية كذلك للنصوص الدستور، إذا لم تلزم السلطة التشريعية بالقواعد الإجرائية التي أحاط بها الدستور إقرار القانون. ومن ذلك التناقضات عن الحصول على رأى الجهة التي عليها الدستور لاستطلاع وجهة نظرها في مشروع للقانون قبل الاقتراع عليه^(٢).

ولا تتردد جهة الرقابة في أن تتحقق من تلقاء نفسها، من كل مخالفة إجرائية تتجسم عن أعمال القواعد الشكالية التي يطلبها الدستور^(٣).

ولقد بسط المجلس الدستوري الفرنسي رقابته في هذا الشأن، ليس فقط بالنسبة إلى الآراء الاستشارية التي يطلبها الدستور، بل كذلك بالنسبة إلى ما يكون من هذه الآراء متصلا وجوبا بموضوع القانون، ولو لم يطلبها الدستور^(٤).

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن مجرد توافر صلة -أيما كان عمقها- بين موضوع القانون المطروح على البرلمان لإقراره، وبين جهة تنظيم هذا القانون نشاطها، لا يعتبر كافيا لإيجاب أخذ رأيها فيه. وإنما يتعين أن يكون نص الدستور مقتضيا هذا الوجوب.

(١) "مستورية عليها" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ - ص ٥٤-٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. وعلا ينص المادة ١٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية، يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوبا في القوانين الكاملة للدستور. فإذا لم يستطلع مجلس الشعب وجهة نظر مجلس الشورى في شأن هذه القوانين قبل إقرارها، كان البطلان جزاء تخلف هذه الشكالية التي أوجبها الدستور. وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية - قاعدة رقم ٢٢ / ٢٠٤٠، ٢٠٢١، ٥٠٤، ص ٢٦٢- ٢٦٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 80- 122 D.C., 22juil. 1980, R.p. 49; C.C. 81- 131 D.C., 16 Déc.1981, R.p.39.

(٣) C.C. 81 - 129 D.C., 30- 31 Oct. 1981, R.p. 35.

(٤) C.C. 77 - 83 D.C., 20 Juil. 1977, R.p. 39.

ويتعين دوماً أن تدير السلطة التشريعية مناقشتها في شأن مشروع القانون وفقاً للأوضاع الإجرائية التي يتضمنها الدستور. فلا تفر السلطة التشريعية أجزاء ميزانية الدولة المتعلقة بنفقاتها، قبل اعتمادها لمواردها^(١).

(١) C.C. 79 – 110 D.C., 24 Dec. 1979, R.p. 36.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية

٢٩٣- يقصد بالحدود الداخلية للقانون -بوجه عام- تلك التي تتلاقض فيها مادة القانون، الدستور في محتواه. ومن ثم ينطبق هذا العوار بالتكوين الداخلي للنصوص المطعون عليها.
Le contrôle de la constitutionnalité interne.

ومن ذلك إخلال القانون بمضمون حقوق الفرد وحريته التي كفلها الدستور، على أن يؤخذ الدستور ليس فقط بالمعنى الحرفي لهذه الكلمة، وإنما يدخل كذلك في إطار الدستور كافة القواعد ذات القيمة الدستورية.

ويعتبر القانون مخالفاً للدستور في محتواه، ليس فقط إذا خرج على قاعدة في الدستور، أو نقض قاعدة لها قوة الدستور. وإنما كذلك إذا أخطأ في تقدير الأوضاع الظرفية التي قام القانون عليها.

وإذا صدر القانون لتحقيق أغراض لا صلة لها بالمصلحة التي افترض الدستور أن يعمل المشرع على تحقيقها، فإن القانون يعتبر مخالفاً كذلك -في حدوده الداخلية- للدستور بالنظر إلى مجاوزة المشرع حدود ولايته انحرافاً عنها.

ولئن كان قضاء المحكمة العليا -المحكمة الدستورية العليا من بعدها- يجيز الطعن في النصوص القانونية لمجاوزة السلطة^(١) (le détournement de pouvoir) إلا أن كثيرين

(١) بين من قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ قضائية دستورية الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٧٥/٦/٧ إشر هذا الحكم في ص ٣١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعاوى الدستورية أن المدعى في الدعوى المذكورة دعى على القانون المطعون فيه صدوره مشوباً بعبث الإحراف وعدم استهدافه الصالح العام. وقد رفضت المحكمة هذا الوجه من التمس، لا لأنه غير جائز -بل لعدم توفر الدليل عليه. كذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بحكمها في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ قضائية دستورية الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٩٨/٣/٧ إشر هذا الحكم في ص ١٢١٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظيفتها، ليس مبدءاً يفترض في عملها، بل يعتبر مثلباً احتياطياً، وعباً قصدياً يتعين أن يكون الدليل عليه وشياً بتكبيها الأغراض المنصودة من تأسيسها، واستغلالها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها.

يعارضون في ذلك قولاً منهم بأن هذه الصورة من صور الرقابة يستحيل ضبطها بمعايير موضوعية، وأنها في حقيقتها خوض في النوايا الداخلية لأعضاء السلطة التشريعية التي يتعذر رصدها، ولا تقديم الدليل على توطنهم في مجموعهم على مجاوزة حدود المصلحة التي افترضها الدستور في العملية التشريعية.

فضلاً عن أن هذه الصورة من صور الرقابة، تتحل في واقعها إلى نوع من التقييم الخلقى لهذه الأعضاء، وتصنفهم كمشخص لا توجههم المصلحة العامة فيما يفعلون، وأنهم ينقلبون عليها قصداً، ويمدون إلى الأضرار بها لتواء، وينفرون بوجودها منها.

على أن أوجه النقد هذه، يعيها أن المحكمة الدستورية العليا -رغم مجال تخصصها لعوارض مجاوزة السلطة انحرافاً عليها- أن تخوض في النوايا التي أضمرها أعضاء السلطة التشريعية فيما أفروا من القانون، ولكنها تستخلصها من عناصر خارجية تكل عليها، مثلما هو الحال في القانون الخاص.

ذلك أن التمييز في نطاق هذا القانون بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مؤداه أن يكون لكل من هاتين الإرادتين مجال تعمل فيه، وفي خفاء الإرادة الباطنة لتطبيقها بالنوايا الكامنة التي لا يعرفها غير أصحابها، لا يمنع من التكيل عليها بالمظاهر الخارجية التي تنشأ بها.

ولا يتصور بالتالي أن تستخلص المحكمة الدستورية العليا ما أضمره أعضاء السلطة التشريعية من النوايا، عن طريق تطيل أعماق نفوسهم. ذلك أن النصوص القانونية التي أفروا قد تبدو محايدة في مظهرها. ويتعين بالتالي على من يدعى مجاوزة هذه السلطة لأهدافها، أن يدلل على انحرافها من خلال مظاهر خارجية تصح بذاتها عن تكبها المصلحة العامة التي يفترض أن تتفها.

فلا يكون الدليل على انحرافها مباشراً، بل غير مباشر يقوم على القرائن المضطربة. ومن ذلك مضابط مناقشاتها؛ والأعمال التحضيرية للقانون؛ والأوضاع الظرفية التي ينبثق عنها؛ والرغبة الجامحة في إقراره بغير حوار حول مضمونه؛ وقوله فوراً بالصورة التي عرض بها؛ ومفاجأة المعارضة بمشروع القانون حتى لا تتوالى لها فرص بحثه؛ ونظر هذا المشروع على

وجه الاستعجال دون ما ضرورة؛ والتأثير على المعارضين لمشروع القانون سبالأغواء أو التهديد- لمنعهم من وقفة أو تأجيله.

وتلك صور من المظاهر أو القرائن المتسائدة التي تدل على أن المسالطة التشريعية قد خالطتها الأغراض الشخصية في قانون صدر عنها.

ومن ذلك أن تنظم بقانون شئون الصحافة من زواياها المختلفة، فإذا ظهر من استقراء أحكامه، أن ما توخاه هو تصفية الجرائد التي تعارض الدولة وتوجه لها نقدا قاسيا، فإن هذا القانون لا يكون فقط مخالفا للدستور في محتواه بالنظر إلى غرضه على التعددية في الصحافة التي يكتفلها تنوع أدواتها، ويقوضها تكلمص دائرة ترويحها، وإنما كذلك متضمنا انحرفا في استعمال السلطة لتوجيه التمييز بين الآراء بالنظر إلى مصدرها بما يحول دون تنقيتها ويكفل تصفية بعضها.

٢٩٤- وفضلا عما تقدم، يعتبر القانون -في حدوده الدخلية- مخالفا للدستور في محتواه، ولو كان إقراره ناجما عن خطأ المسالطة التشريعية في فهم الدستور أو في تقدير واقعة قام القانون عليها.

ويتحقق قضاء للشرعية الدستورية من توافر هذه الصورة من الخطأ أو تخلفها من خلال عملية تفسير عقلية تقتضيها الوظيفة القضائية. وهي عملية تتم على مرحلتين: أولاها تحديد مضمون الحق أو الحرية المدعى الإخلال بها، وثانيتهما تحليل حقيقة القانون المطعون عليه في صحيح معانيه ومقاصده. ومن خلال هاتين المرحلتين، قد يظهر لهؤلاء للقضاء أن نصوص ذلك القانون يستحيل توفيقها مع الدستور، ويتعين بالتالي دمجها بالبطلان وتجريدها من كل أثر Inopérantes. وقد يحملون القانون المطعون عليه على الصحة من خلال فهمهم المنطقي للنصوص التي احتواها، ولو أضافوا إليها معاني غير التي يدل ظاهرها عليها.

ولا يعنى ذلك أن لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن توجه المشروع إلى الشروط التي يكون بها القانون موافقا للدستور. بل صحتها أن تتولى تقييم أحكامه على ضوء حقيقتها، لأن تبدل منها، أو تدخل أو صالفا عليها تقربها من الدستور

ذلك أن التفسير الحق للنصوص القانون -في تقابلها أو تعارضها مع الدستور- هو الذي يقيم علاقة منطقية بين مقدماتها ونتائجها، فلا يتخذ للتفسير ذريعة إلى نكسة نقص فيها، ولا إلى تقرير شروط لتطبيقها لم ينص المشرع عليها، ولا إلى تحليل محتواها، سواء من جهة موضوعها أو المخاطبين بها، ولا إلى تحرير آثارها.

ولما ينحصر محل الرقابة القضائية على الدستورية في النصوص ذاتها التي أنجزها المشرع، ولأن حد على ضوئها مقاصده منها، فلا تحرفها جهة الرقابة لتوافقها مع الدستور، وليس لها أن تعد كتابتها، ولا أن تعدل فيها، ولو كان هذا التعديل جزئيا.

ذلك أن وظيفتها القضائية تلزمها بأن يكون موقفها محايدا من النصوص القانونية المطعون عليها، فلا تصححها بما يحور معانيها، أو بما ينحل لها مفاهيم تتلخص حقيقتها، خاصة وأن قضاء الشرعية الدستورية ينتمون إلى جهة قائمة بذاتها، لا تغطس بالسلطة التشريعية أو تقوم مقامها. وعليها بالتالي ألا تقصر إرائتها بما يشوهها، وإنما تنزل عليها حكم الدستور بعد استصفائها وقفا عليها.

وإنقاذها القانون المطعون عليه، ليس غاية في ذاتها، بل عليها أن تبطل أحكامه التي تظهر فيها المخالفة الدستورية بصورة واضحة، ولو كان من شأن حكمها، تقوية للجهة المعارضة للحكومة في حلبة الصراع السياسي بينهما.

وليس لها بالتالي أن تطع حكمها بعدم دستورية القانون المطعون عليه، على استوفاء هذا القانون لشروط تنطبقها، وإن ساء لها أن تبصر المشرع بالشروط التي تراها ضرورية لضمان صحة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية مستقبلا بما يكفل تحقيق تعاون بينهما في عملية صناعة القانون، ودون ما إخلال بالمهام التي يتولاها كل منهما أصلا في حدود ولايته.

المبحث الثالث

نظرية الخطأ الظاهر

L'erreur Manifeste

٢٩٥- الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقيد من مباشرتها. وليس لجهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي أن تستعوض عن إرادة المشرع في التقدير بإرادتها هي؛ ولا أن تبدل تقديره بتقديرها، وعلى الأخص لأن تقدير المصلحة العامة التي يستهدفها مما يختص به^(١).

بيد أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع؛ لا تناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها، أهدافا تتوخاها؛ ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها. ويباشر قضاء الشرعية للدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معا.

فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تناقض حكما في الدستور. والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها. فإذا اختلفت تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفا للدستور.

وتلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع وتعمق دخالها من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها أن تستوثق بنفسها مما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها، حقيقة أو منتحلة، قائمة أو متوهمة؛ وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال.

وتلك مهمة تتولاها الجهة القضائية بقدر كبير من الحذر. ذلك أنها تعيد النظر في تقييم المشرع لكل واقعة قام عليها القانون المطعون فيه، وتصل في ملائمة النصوص التي احتواها، لتحقيق الأغراض المقصودة منها. وهو ما لا يتصور أن يكون محل اتفاق بين الناس جميعهم. ذلك أن ما يراه البعض ملائما، قد لا يكون كذلك في نظر آخرين. وما تتصوره جهة الرقابة

^(١) C. C. 74-54 D.C., 15 janv. 1975. R.p. 19; C.C. 84- 179.D.C., 19- 20 juil 1983. R.p. 49.

القضائية من خطأ ظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة لتحقيق الأغراض التي تستهدفها، قد لا يكون كذلك في تقدير آخرين.

وما الخطأ الظاهر في التقدير، غير خطأ تفقد به النصوص القانونية المطعون عليها تناسبها مع الأغراض التي تعمل على تحقيقها، فلا يكون اتصال هذه للنصوص بأهدافها حقيقياً. كأن تفقد العقوبة التي فرضها المشرع تناسبها مع الجريمة التي تتعلق بها^(١). وكذلك إذا أخطأ المشرع بصورة ظاهرة في تصويره تماثل المراكز القانونية التي نظمها^(٢).

وفصل قضاء الشريعة الدستورية كذلك فيما إذا كان المشرع قد حدد سن التقاعد في أعمال مختلفة بما يجاوز الخطأ الهين في التقدير^(٣)؛ وما إذا كان قد رسم حدود الدوائر الانتخابية بطريقة يشوبها الخطأ الظاهر^(٤)؛ وما إذا كانت الغرامة المالية التي فرضها على العاملين في البنوك للذين يذيعون حقائق للدخل الخاص بأحد المودعين، والتي يعادل مبلغها مقدار هذا الدخل، تعبر جزءاً ملائماً^(٥).

وينبغي أن يلاحظ أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة، L'erreur manifeste يقوم على ذات الأساس الذي تبطل به النصوص القانونية التي تفقد تناسبها مع الأغراض التي تتوخاها Disproportion manifeste.

ذلك أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية، يفترض مجاوزة هذه النصوص لضوابط تناسبها مع الأغراض المقصودة منها. فلا تربطها صلة منطقية بها، أو تكون صلتها بها واهية. والمشرع في هذا المقام يوازن بين بدائل، ويقرر ما يراه أنسبها لتحقيق المصالح التي يرجوها منها. فإذا أخل بصورة جسيمة Attentes excessives -ومن خلال اجتهاده- بأحد الغرائض ذات القيمة الدستورية، بطل القانون^(٦).

(١) C. C. 84- 176 D.C., 25 juil. 1984, R.p. 55.

(٢) C. C. 83- 164 D.C., 22 déc. 1983, R.p. 67.

(٣) C. C. 84- 179 D.C., 12 sep. 1984, R.p. 73.

(٤) C. C. 85- 196 D.C., 8 oct. 1985, R.p. 63.

(٥) C. C. 87- 237 D.C., 30 dec., 1987, R.p. 63.

(٦) C. C. 89- 254 D.C., 2 juil. 1989, R.p. 41.

وظاهر مما تقدم أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتشكل بنفسها في العملية العقابية التي يجريها المشرع، لتفصل فيما إذا كان تقديره ظاهر الخطأ، أم أن خطأه في التقدير، محدود الأهمية، ويغتر بالتالي^(١).

ولكن جاز القول بأن جهة الرقابة القضائية، كلما تواجه مصلحة توخاها المشرع بالمخالفة للدستور، وذلك على تقدير أن المصالح التي يستهدفها تظاهرها الشرعية الدستورية في أكثر أحوالها، كذلك المتعلقة بضمان السير المنتظم للمرافق العامة؛ وتحديدية المعلومات التي تنقلها وسائل الإعلام؛ وباستقلال السلطة القضائية؛ وبضرورة معاقبة المذنبين؛ وباحترام لغة البلد وعلمها ورموزها الوطنية؛ إلا أن الوسائل التي اختارها المشرع لتحقيق المصلحة التي يتوخاها، هي التي تتعلق بها الرقابة القضائية في أكثر تطبيقاتها.

وتباشر جهة الرقابة مراجعتها لهذه الوسائل من خلال العملية العقابية التي تجريها، بقصد التحقق من ملاءمة تلك الوسائل لتحقيق الأغراض المقصودة منها.

ونحن بذلك أمام عمليتين عقابيتين تقوم السلطة التشريعية بأولاهما، لتراجعها الجهة القضائية في تقديرها، ولتقرر على ضوء نتيجة هذه المراجعة بطلان أو بقاء القانون.

ومن ثم يقابل اجتهاد المشرع باجتهادها. فإذا تبين لها أن النصوص القانونية التي أقرها غير مناسبة لتحقيق المقاصد المبتغاة منها، فإنها لا تكتفي بإبطالها، وإنما تحدد أحيانا فهمها للصورة التي ينبغي أن تكون عليها، وإن كانت الكلمة النهائية في ذلك للمشرع بعد أن يعيد النظر في تلك النصوص التي أبطلتها الجهة القضائية^(٢).

ومن ثم تبرز نظرية الخطأ الظاهر، كحوار بين البرلمان والجهة القضائية من أجل الوصول إلى أفضل الوسائل ضمانا للحقوق الدستورية، وأكفلا لتحقيق المصلحة التي تتوخاها النصوص القانونية التي أقرها، وهو حوار لا يتم في الخفاء، وإنما بصورة علنية يشارك كثيرون فيها ومن

(١) وشبهه بذلك الرقابة التي تفرضها محكمة النقض على قضاء محكمة الموضوع، ذلك أنه بالرغم مما تقول به هذه المحكمة من أنها لا ترتب تحصيل قاضي الموضوع للواقع، إلا أنها تشترط لذلك أن يكون تقديره في ذلك سائما. وهي بذلك تحيد النظر في العملية العقابية التي يقوم بها قاضي الموضوع وتستأنف تقييمها، فكأنها ترتب كيفية تحصيله للواقع، وما إذا كان هذا الواقع مستمدا من أصول تنتجها وتضفي إليه غلا.

(٢) C. C. 93- 326 D.C., 11 aout. 1983. R.p. 217.

بينهم وسائل الإعلام والفقهاء - حتى يكون تقييم الجهة القضائية الموضوع المطروح عليها، قريباً قدر الإمكان من حكم المستور.

والذين يدافعون عن هذه النظرية يقولون بأن مجال تطبيقها ينحصر في الخطأ الظاهر لتترك للمشرع سلطة التقدير كاملة فيما عداه، كالخطأ البسيط المختر، فلا تبطل الجهة القضائية بتفسير الدوائر الانتخابية لمجرد أنه لم يصل إلى حد الكمال، ولكنها تقرر فقط مخالفته للدستور، إذا كان مشوباً بخطأ جسيم^(١).

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن نظرية الخطأ الظاهر لا شأن لها بمغوض أو وضوح النصوص القانونية التي ترجعها الجهة القضائية لتقرر صحتها أو بطلانها. ولكنها تتناول كالة النصوص التي يقرها المشرع في حدود سلطته التقديرية، وأيا كان موضوعها.

وتتعلق هذه النظرية كذلك - في حقيقتها - بالبدائل التي اختارها المشرع. والجهة القضائية هي التي تقرر ما يكون ملائماً أو ظاهر الخطأ منها، وذلك وفق معاييرها التي تستخلصها بنفسها.

بيد أن الدافعين لتلك النظرية يقولون بأن الجهة القضائية لا تقدم نفسها فقط في تقدير المشرع، ولكنها تبسط رقابتها كذلك على سلطة التقرير التي يملكها، والتي يستحيل فصلها عن سلطة التقدير *L'acte de décider n'est pas détachable de l'acte d'apprécier*، وأن نظرية الخطأ الظاهر تفترض أن توازن الجهة القضائية بين البدائل التي اختارها المشرع، وأن ترجح اجتهداها على اجتهداده؛ وأنها تمايز كذلك بين أخطاء جسيمة لا يجوز أن يقع للمشرع فيها؛ وأخطاء تافهة يجوز التجاوز عنها، بما يصم أحكامها بالنزعة الشخصية المجانبة لموضوعية التقييم، لأنها هي التي تقرر ما إذا كان خطأ المشرع لا تبصر فيه، أم كان واقعاً في حدود الاعتدال.

فضلا عن أن نظرية الخطأ الظاهر هي في حقيقتها إيداع لإرادة المشرع بإرادة جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك أن المشرع لا يقر قانوناً إلا على ضوء تحليل يجريه لكل واقعة يتصل القانون بها. فلا يكون القانون إلا تقديراً للحدود هذه الواقعة، واختياراً للقاعدة القانونية التي تناسبها. فإذا قيل بأن هذا التقدير والاختيار شاهما خطأ ظاهراً كان ذلك استناداً بالموازنة

(١) C. C. 86-218 D.C., 18 nov. 1986, R.p. 167.

والترجيح لقرار سابق صدر عن السلطة التشريعية التي تختص بتنظيم الحقوق جميعا بحكم ولأيتها الشاملة.

على أن نظرية الخطأ الظاهر المعمول بها في بعض الدول الأوروبية، كفرنسا، وكذلك في الدول التي تنقل عنها نظمها الدستورية -وأيما كان وجه المطاعن الموجهة إليها- لها ما يقابلها في دول القانون العام التي يقرر قضاتها أن دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، تفترض ارتباطها عقلا بأهدافها. فإذا لم تكن ثمة صلة منطقية تربطها بالأغراض المقصودة منها؛ أو كانت صلتها بها واهية، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور^(١).

وهذا المعيار الأخير أكثر دقة من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك إن هذه النظرية تفترض التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، بالرغم من انتفاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء تبعا لدرجتها. ولا كذلك المعيار المعمول به في دول القانون العام. ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص، وأهدافها. وهي علاقة غاية في تعقيد الإطلاق في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

٢٩٦- وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوبا على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلتقيها على البعض أو المزايا أو الحقوق التي كفلها لفئة دون غيرها؛ إلا اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تفصل النصوص القانونية -التي نظم بها المشرع موضوعا محددا- عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها، بالوسائل إليها، منطقيا، وليس واهيا أو واهيا، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا.

Classification is inherent in Legislation in that legislators may select different persons or groups for different treatment. However. The State may not rely on a classification whose relationship to an asserted goal is so attenuated as to render the distinction arbitrary or irrational.

(١) تأخذ المحكمة الدستورية العليا بالفكرة القائلة بأن النصوص التي يقرها المشرع يجب النظر إليها باعتبارها مجرد وسائل لتحقيق أغراض بعينها. فإذا كانت هذه الأغراض غير مشروعة، أو كانت هذه النصوص كوسائل انتقام المشرع لتحقيق أغراض مشروعة، لا تربطها صلة منطقية بها، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور.

وأساس ذلك، أن كل تنظيم تشريعي يتفيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعاتها إطارا لمصلحة عامة يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التي تبناها سبيلاً إليها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكيميا^(١).

(١) للقضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ لسنة ١٦٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة. ونظراً كذلك للقضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ٩ - من ١٨٢ من الجزء السابع. لنظر كذلك للقضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ١٠ - من ٢٠٤ من الجزء السابع.

الفصل السادس عشر
الرقابة القضائية على دستورية القوانين
بين تسميتها وتطبيقها

المبحث الأول
مضمون الحماية الحقيقية للدستور

٢٩٧- لا تكفل الحماية الحقيقية للدستور، إلا الدول التي تنظر إليه كوثيقة هي الأعلى درجة في حرمتها، والأكثر قوة في قيمتها القانونية، والأحق بالحماية بالنظر إلى أهميتها واتصالها بقيم الجماعة وثوابتها. وحتى فيما بين هذه الدول، لم يكن ثمة اتفاق على وسائل حماية الدستور، فمنها -كـبعض الدول الأوروبية- ما يفضل الوسائل السياسية على القضائية. ومنها -كالتجربة الأمريكية وبعض دول القانون العام- ما ينحاز إلى الوسائل القضائية التي تتسم بفاعليتها، ومناهضتها ادعاء السلطة التشريعية بأن ما تقرره من القوانين، هو تعبير منها عن السيادة الشعبية التي لا يجوز لهيئة قضائية أن تناقضها في كيفية مباشرتها لها؛ وبأن موقفها من الدستور يجعلها الحارس الأعلى لأحكامه.

ولم يكن هذا التباين في وسائل حماية الدستور، إلا ثمرة تطور تاريخي لا يعني أن نتعقبه، حتى وإن صح القول بأن فكرة الرقابة على الدستورية كان لها جذورها في إنجلترا إبان القرن السادس عشر. ذلك أن الحكم الصادر في قضية واحدة، وإن جاز اعتباره سابقة قضائية؛ إلا أن كل سابقة لا تكل بذاتها على استقرار القاعدة التي أرستها، ما لم يكن قد اطرد العمل بها، على ضوء من الاقتناع بضرورة النزول عليها.

٢٩٨- ولما كان شأن الجذور التاريخية للرقابة القضائية على الدستورية، فإن التجربة الأمريكية كان لها فضل إلهام دول كثيرة بأهميتها وحيويتها، خاصة ما تنسم به هذه التجربة من خصائص باللغة الأهمية؛

لها: أنها لا تقتصر رقابة الدستورية على محكمة وحيدة تنفرد بها، ولكنها تعهد بها إلى المحاكم جميعها بما يشاركها كافة في مباشرتها.

ثانيتهما: أن محل هذه الرقابة لا يقتصر على القوانين بمعنى الكلمة، وإنما يشمل غيرها من الأعمال التي تتلون بلون السلطة *Under the color of the State* وتتضح بردائها.

ثالثتها: أنها رقابة عرضية لا تثار إلا في شأن خصومة قضائية قائمة يرتبط الفصل فيها بتحديد القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق عليها.

رابعتها: أن الحكم الصادر فيها لا يتعلق بغير أطرافها.

والرقابة التي نركز عليها هي الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سواء كان محلها قانونا قبل إصداره، أم قانونا بعد دخوله مرحلة التنفيذ. ولا شأن لنا بالتالي بالمراجعة القضائية للقرارات الإدارية الفردية، والتي نباشرها السلطة القضائية حتى في الدول التي تظنها مجموعة من القواعد الدستورية بالمعنى المادي، لا لشكلي، ولا يوجد فيها بالتالي دستور مدون جامد مكما هو الأمر في المملكة المتحدة.

٢٩٩- كذلك نباشر بعض الدول كإسرائيل، رقابة قضائية على الشرعية للدستورية، بغير وجود دستور *Judicial review sans Constitution*.

ولم تحظ الرقابة القضائية على الدستورية بدور هام أو بدور ما، في النظم السلطوية، ولا في النظم القانونية التي تتمحور حول الاشتراكية. ولكن دورها كان أكثر فاعلية في الدول التي تأثرت بالتجربة الأمريكية كالفلبين واليابان ودول أمريكا اللاتينية. ثم ظهر اتجاه آخر في بعض من الدول الأوروبية للخرية بعد الحرب العالمية الثانية، تمثل في حلول الرقابة المركزية القضائية على الشرعية للدستورية محل الرقابة اللامركزية التي تتولاها المحاكم جميعها، وفي إبدال الحجية النسبية للحكم الصادر في المسائل الدستورية، بالحجية المطلقة، وفي رقابة مجردة لا شأن لها بمضار أحقها القانون المطعون فيه بالمخاطبين بأحكامه.

وكان للنمسا فضل السبق في الرقابة المركزية القضائية، وإن حذتها إيطاليا وجمهورية ألمانيا الاتحادية وفرنسا وتركيا وأستراليا والبرتغال ويوغوسلافيا وبولونيا، مما أكد انضمام الدول الأوروبية الغربية -في أغلبها- إلى هذا النوع من الرقابة على الشرعية الدستورية، لتتولى مسئوليتها. واليوم ليس ثمة نزاع حقيقي حول ضرورة هذه الرقابة أو أهميتها، أو مباشرتها عن طريق هيئة قضائية قائمة بذاتها تستقل في مباشرة وظيفتها، عن أفرع الدولة جميعها.

وحتى في فرنسا التي لم تكن للتربة فيها مهواة للرقابة على الدستورية بالنظر إلى مسطوة البرلمان ومركزه في كل من الجمهوريتين الثالثة والرابعة؛ فإن مجلس الدولة بها ظهر كقوة لها وزنها وحسابها تتناول الفصل في مشروعية نشاط الإدارة، وحل مشكلاتها، حتى تلك التي تقبوم على أساس من الدستور. ثم حدث عام ١٩٥٨ تطور هام في فرنسا نجم عن إنشائها مجلسا دستوريا يتولى مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، في إطار اختصاص محدود نص عليه دستور ١٩٥٨، الذي آمن واضعوه بضرورة إيلاء اعتبار خاص للبرلمان، ورفض كل أشكال الرقابة القضائية على دستورية القوانين بعد العمل بها^(١).

وقد انتقل نظام هذا المجلس من فرنسا إلى كثير من الدول الإفريقية والفرنكوفونية -كالمغرب وتونس والجزائر وموريتانيا وبينين- مما حدا ببعض إلى التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري الفرنسي يمثل صورة ثالثة من صور الرقابة على الدستورية تقوم إلى جوار كل من التجربة الأمريكية والمحكمة الدستورية الخاصة، القائمة في بعض الدول الأوروبية لتباشر رقابة قمعية Repressif لا رقابة وقائية Preventif.

بيد أن النظرة التحليلية الأعرق، تدل على أن صور الرقابة على الشرعية الدستورية، بجمعها أنها رقابة قضائية تتعدد بين نظامين مختلفين: هما نظام الرقابة القضائية اللامركزية في الدول الانجلوسكسونية؛ ونظام الرقابة المركزية القائم في بعض الدول الأوروبية؛ وأن النظامين يدوران حول نوع من المراجعة القضائية تتولاه هيئة قضائية لا تتفصل عن طريقة تكوينها، ولا عن كيفية مباشرتها لوظيفتها، ولا عن الأوضاع التي أنبتتها Les conditions de l'environnement. وذلك إما كان التنظيم الإجرائي الخاص بها، أو قواعد اختيار قضاتها. خاصة وأن تطبيق هذه الهيئة القضائية للدستور يتم -لا بطريقة آلية- وإنما من خلال عملية خلق تفسيرية L'interprétation créatrice ينكبها أن نصوص الدستور تنقسم في الأعم بالغموض والاتساع، ولا يتصور بالتالي تحديد مفاهيم هذه النصوص بغير ربطها بنظام القيم Systeme de valeurs التي تستخلصها الهيئة القضائية بنفسها كي تتحدد لكل قاعدة نص الدستور عليها، مضمونها الحق. Le contenu réel.

(١) يسمى دستور ١٩٥٨ في فرنسا دستور الجمهورية الخامسة

ومن ثم تتحول عملية تطبيق الدستور -لا إلى صورة جامدة لا حياة فيها- بل إلى أداة خلق لقواعد جديدة، أو تطوير لقواعد قائمة بما يجعل فهم القضاء للدستور، هو الدستور Constitution de juge ويكفل صهر أحكامه في نطاق الحقائق المتغيرة التي تعاصر تطبيقها، والتي لها من قوة تأثيرها وعمق حركتها Realités mouvantes ما يجعل معاشتها ضرورة لا مفر منها، حتى لا يكون تطبيق الدستور عقيما أو رجعيا أو نمطيا، بل واقعا في إطار القيم الدستورية المتجددة وروادها، لتحيط بغرور القانون جميعها، وبالحياة السياسية من كل أقطارها. فلا تتوهج بمؤر الصراع السياسي بما يؤذن بانفلاتها، وإنما تطفئها الهيئة القضائية من خلال الحلول القضائية التي تفرضها Juridicier la politique.

وتلك هي وظيفة الحكم بين مراكز الصراع وقواه المختلفة، تباشرها الهيئة القضائية بما لا يوقعها في مزالق السياسة ودروبها الخطرة، وبما لا يقوض استقلالها، أو يخرج بها عن حدود ولايتها؛ لتتخلل الوظيفة القضائية قودا على نشاطها. فلا تفصل في غير خصومة قضائية، ولا في خصومة قضائية لم تنتهيا أسبابها.

فالخصومة القضائية هي مدار ولايتها، ومنخلها. ولئن كان الفصل فيها يلزمها بأن تحبسط بالأوضاع السياسية المعاصرة حتى تنقهمها، وتقدر أثرها على النصوص القانونية المطعون عليها؛ إلا أن إدراكها لهذه الأوضاع، لا يعنى الاندماج فيها لتخرج أحكامها القضائية من رحمها، وكأنها من نبتها.

ولا كذلك أن يكون للهيئة القضائية دور نشط تطرح بمقتضاه من خلال الخصومة القضائية- حلا قضائيا لكل نزاع معروض عليها، أيا كان موضوع أو نطاق هذا النزاع أو من يكون طرفا فيه، ولو تولى في صورة سياسية تشمل كل أبعادها.

وفي هذا الإطار، نشأ اقتناع عام بأهمية الرقابة القضائية على الدستورية؛ وبضرورة أن يتوافر للهيئة التي تتولاها مركز خاص يكسبها قوة في مواجهة نظم الدولة وسلطاتها المختلفة التي كثيرا ما تلجأ إلى المناورة، وإلى الخداع أحيانا لإيهام المواطنين بأنها تعمل لصالحهم.

فلا تكون امتيازاتها قرين مسؤوليتها قبل مواطنيها، ولا تعبيراً عن وسائلها لتحقيق الخير العام لشعبها. وإنما احتفاء من جهتها بناصر تعميق نفوذها، حتى تزداد به صلاحية ومنعة. وهو

ما لا يجوز. ذلك أن الشرعية الدستورية وحدها هي التي تؤسس سلطاتها، وتحدد طرائق مباشرتها، وتكفل اتصالها الوثيق بمواطنيها.

وهذه للشرعية هي التي ترسيها الهيئة القضائية وتقرضها من خلال أحكامها، لتقيم بها عناصر بنيان دولة القانون التي لا تتفصل السلطة التشريعية عنها. إذ هي واقعة بالضرورة في إطار قاعدة الخضوع للقانون - والدستور في ذراه - وأن يجديها بالتالي الاحتجاج بالسيادة البرلمانية التي لا يجوز لها أن تباشرها إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور، والتي فرضتها عليها السلطة التي أسستها؛ ولا يجزيها إلا أن تصدر تشريعاتها وفق الضوابط التي رسمتها لها هذه السلطة التأسيسية.

ولم يعد مقبولا أن تركز الدولة إلى حاجتها إلى الاستقرار كي تقوض الهيئة التي تتولى مراجعة القوانين فصلا في اتفاقها أو اختلالها مع الدستور؛ ولا أن تعمل على إضعافها؛ ولا أن تعطل تنفيذ أحكامها؛ ولا أن تتدخل في شئونها ولو بطريق غير مباشر؛ ولا أن تثير ضدها وسائل الأعلام التي تملكها؛ ولا أن تنتظر إليها كمقبة تعطل حركتها.

وإذا جاز لها أن تعرض بعض القيود على نشاط هذه الهيئة القضائية، فذلك من أجل تنظيمها، وفي الحدود المنطقية التي تكفل فعالية دورها، وبما لا يضيق من ولايتها إلى حد كبير^(١). ويتعين بوجه خاص أن يظل استقلالها وحيثتها كاملين، فلا يكون قضائهما تابعين لها بوجه أو بآخر.

ولم تكن عودة الديمقراطية إلى بعض الدول الأوروبية كالبرتغال واليونان، غير إيدان بإفتتاح طريقها إلى الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، التي هي اليوم التطور الأهم في أكثر دول الجماعة الأوروبية، على تقدير أن هذه الرقابة هي التي تكفل سيادة الدستور، وإن ظلت مبدأ السيادة البرلمانية أصلا في بعض الدول، كالملكة المتحدة وهولندا ولكسمبرج.

(١) وفقا للنموذج الأمريكي تخرج المسائل السياسية من نطاق المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها، وهو ما تعارضه محاكم الدول الأوروبية التي تختص بالنظر في كل خصومة دستورية لها كانت طبيعيتها المدنية التي تطرحها.

٣٠٠- وإذا كان من المقرر أن الرقابة القضائية على النصوص القانونية، فصلا في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، هي التي تكفل علوه على هذه النصوص؛ إلا أن الدساتير المختلفة لم تتفق فيما بينها على نموذج موحد لهذه الرقابة، ليس فقط في طرائقها، وإنما كذلك في نطاقها. ذلك أن المراجعة القضائية للدستورية للقوانين لها أوصافها التي تتردد بين رقابة قضائية مابقة محلها القوانين قبل صدورها. وهذه قد تكون وجوبية أو جوازية؛ ورقابة قضائية لاحقة ينحصر نطاقها في النصوص القانونية بعد العمل بها؛ ورقابة قضائية مجردة محلها كذلك القوانين القائمة، وإن كان طريق الطعن فيها لا يفتح أصلا إلا لجهات بنواتها ليس لها مصلحة شخصية في الطعن عليها.

المبحث الثاني

المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق.

٣٠١- ويبدو مما تقدم، أن المراجعة القضائية للقوانين هي وسيلة تعيينها للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها للدستور، ليكون إبطالها جزءاً خروجها على أحكامه، وضمان علوه عليها. ولا تزال بعض الدول تتنازع فيها حتى اليوم بالرغم من قبولها المعلن في قراراتها التنظيمية بمجاوزة السلطة *Recours pour excès du pouvoir* سواء أمام محاكم إدارية تستقل بتشكيلها وباختصاصها عن محاكم القانون العام، أم تعمل كدائرة داخل محيط هذه المحاكم وفي إطار تشكيلاتها.

وكان من المفترض أن يقرن قبولها بالمراجعة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية -المادية منها والإدارية- برقابة تكملها للقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية لضمان خضوع أعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية للقانون، والدستور في أعلى مدارجه.

ولكنها رفضتها قولا منها بأن السيادة الشعبية التي يملكها البرلمان، لا تجوز مناقشتها. وهي حجة مقتضاها أن يظل القانون نافذا ولو كان مخالفاً للدستور، ولازمها أن الدستور لا يحترق قانوناً أساسياً، بل في مرتبة موازية للقانون أو أدنى من القانون.

ولم يكن نثرها بمفهوم السيادة الشعبية غير قناع يخفي مخاوفها من أن تتبوأ الهيئة التي تباشر الرقابة على دستورية القوانين، مكانة تعطيها على سلطتها، ومركزاً تتفوق به عليها بما يخل بالركائز التي يقوم عليها نظام الحكم فيها؛ ويمنعها من إحكام قبضتها على مواطنيها الذين يختلفون فيما بينهم في التقاليد التي ورثوها، وكذلك في أمانات ثقافتهم التي تلقوها، ويتسمون كذلك بتباين أجناسهم، وتفرق مذاهبهم وقيمهم. فلا تبسط سيطرتها على مقاليد الأمور بها من خلال نظم مندية في طبيعتها^(١).

كذلك كان ضمور أحزابها أو اختفائها، تعبيرا عن تضائل دورها في توجيه الحياة السياسية أو التأثير فيها. وعجز مواطنيها كذلك عن تأسيس دستور يكتل لحقوقهم وحرياتهم إطاراً ملائماً، وعلى الأخص من خلال صون حقهم في الاقتراع الحر. ولم تكن هذه الدول -كونك هي الأوضاع

(١) يحترق العامل الأكبر في توجيهها في تقييد الدستورية بها، هو تدخل العسكريين في أعمال الحكومة.

التي تحيط بها- بتعليم أبنائها القيم الديمقراطية، ولا يحضنهم عليها. ذلك أن ما كان يعنيهها، هو أن تعلموا إرثاتها فوق للقانون.

بيد أن الإيمان بالديموقراطية بوصفها هدفا مشتركا بين الشعوب جميعها -ويغض النظر عن فوارقها الثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية- جعل من الديمقراطية -بما تقوم عليه من الحرية، والمساواة، والشفافية، والمسئولية، مع احترام تعدد الآراء- مثلا أعلى وأسلوبا للحكم ينبغي تطبيقه وفق المعايير المسلم بها دوليا.

وصارت الديمقراطية -بأشكالها المختلفة وخبراتها المتعددة- الطريق إلى صون كرامة الفرد وضمان حقوقه الأساسية؛ وإلى تحقيق العدالة الاجتماعية ودعم التنمية الاقتصادية؛ وإلى تأمين تلاحم المواطنين وتماسكهم؛ وإلى التناقص -في إطار سياسة مفتوحة حرة وعريضة ودون تمييز- من أجل للوصول إلى السلطة، وممارستها، وتداولها في إطار مبدأ الخضوع للقانون.

وكان للديموقراطية كذلك أثر هام في توكيد أهمية الحقوق المدنية والسياسية، وأخصها الحق في الاقتراع الحر، وفي الاجتماع، والحصول على كل المعلومات، وفي تكوين الأحزاب السياسية وتنظيم نشاطها وشؤون تمويلها ومبادئها الخلقية، فلا تتحكم فيها أهولها، ولا تميز بين الراغبين في الانضمام إليها بالنظر إلى أعراقهم أو أصلهم، أو مركزهم الاجتماعي أو توجهاتهم أو ثرواتهم، أو لغز ذلك من الأغراض غير المفهومة أو غير المنطقية.

ولم يعد الحكم الديموقراطي مجرد مفاهيم فلسفية يدعو للناس لها ويرجون للقبول بعها، وإنما صار أسلوبا عمليا للحياة العامة على قباين مستوياتها؛ كإفلا إسهام المواطنين في شؤونها بصورة فعلية، ودون ما عواقب تعطل حركتهم أو تقيدها، أو تمنعهم من اختيار البدائل بصورة حقيقية، أو تعزز أوجه الخلل الاجتماعي؛ أو تدخل بالمساواة؛ أو بالحق في التعليم؛ أو بوجود آلية قضائية لها من استقلالها وحيثتها وفعاليتها ما يكفل سيادة القانون، وهي مدخل هام لتحقيق الديمقراطية^(١).

(١) أنظر في ذلك الإعلان العالمي للديموقراطية الذي أقره -بغير تصويت- مجلس الاتحاد البرلماني الدولي في دورته الحادية والسبعين بعد المائة بمدينة القاهرة في ١٩٩٧/٩/١٦.

وحقق ذلك تغييرا واضحا في مفاهيم المراجعة القضائية، فلم تعد صورة مظهرية محدود أثرها، ولا خطوة متحيزة في مناهجها ووسائلها، ولا غير متكاملة في عناصرها، أو غير محايدة في خصائصها؛ وإن كانت هذه المراجعة وثيدة في حركتها ومتردة في حصنها في الدول الشمولية والدول حديثة العهد بالاستقلال التي كان تركيزها على النظام فيها أكثر من اهتمامها بحقوق المواطنين وحرياتهم، وحرصها على فرض كلمتها أكثر من إيمانها بالخضوع للقانون، وقدرتها على حمل شعوبها على السكون والازواء، أكبر من قدرتهم على التظاهر والاحتجاج والمعيان^(١).

بيد أن اتساع المفاهيم الديمقراطية وانتقالها عبر الحواجز الإقليمية على اختلافها في إطار وحدة المعلومات وتعددها، وشماسها من كافة مصادرها، ونشرها من خلال وسائل الإعلام على اختلافها، أذن بأفول قبضة الدولة على مواطنيها؛ وأقام من الجماهير سبيقتها وتماسكها وعمق وعيها - قوة لها وزنها في الدفاع عن الدستور والقانون من خلال ألبة قضائية تتكامل حلقاتها التي وصل التطور الراهن بها إلى تقرير صور من المراجعة القضائية على دستورية القوانين، لا تصل جميعها إلى حد الكمال.

فمن الهيئة السياسية التي تتولى هذه المراجعة إلى الهيئة المختلط تكوينها؛ ومن الرقابة المحدودة، إلى الرقابة الأكثر شمولاً؛ ومن الرقابة القضائية الشكلية، إلى الرقابة القضائية الحقيقية التي تطور الدستور وتغير معانيه.

وفي هذا الإطار، لم يكن إسناد عملية المراجعة القضائية على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية صرفة، عملاً مقبولا ولا مفيدا. ذلك أن تكوينها الداخلي، وتبعيتها للجهة التي أحدثها، بقوضان استقلالها. فضلا عما هو مقرر من أن الدساتير غير نافذة بذاتها، ولا تكون نفسها بنفسها. *Neither self-enacting, nor self-executing.*

(١) تلمس المادة ٣٥ من دستور ١٩٦٣ للفرنسي على أن التمرد على الحكومة التي تنتهك حقوق الشعب، يكون واجبا على الجماهير وكذلك على كل قطاع منها. ويعتبر هذا التمرد أكثر حقوق الجماهير أهمية واجباتها التي لا يجوز التفرط فيها *Le plus sacré des droits, et le plus indispensable des devoirs.*

وكلمة القانون لا ينطبق بها علانية، وفي حرية كاملة، غير قاض. ولا كذلك الهيئة السياسية التي تقتصر رقابتها عن أن تحقق الآمال المعقودة عليها، ولو كان تشكيلها يزوج بين رجال السياسة والقانون.

ذلك أن الدستور حتى في هذه الصورة، كثيرا ما يضيق من نطاق ولايتها، وتحيطها أجواء سياسية لها موازينها التي تقلل من دورها، خاصة في الدول حديثة العهد بالاستقلال أو الدول التي كانت تتشدد - لأسباب تاريخية - في رفض كل أشكال المراجعة الدستورية للقوانين، كفرنسا^(١).

بيد أن ما يلاحظ، أن الهيئات التي تتولى المراجعة القضائية للدستور، كثيرا ما تطور من ولايتها بما يحقق الخضوع للقانون بدرجة أكبر. ولا تقع بالتالي داخل الحدود الطبيعية لولايتها، وهو ما فعله المجلس الدستوري الفرنسي الذي تحول إلى قوة حقيقة لها شأنها داخل النظام القانوني في فرنسا

إذ كان ينظر إلى هذا المجلس في مبدأ نشأته كأداة سياسية أو كخزاع للحكومة لاحتواء البرلمان. ثم صار على مراحل تطوره، هيئة قضائية حقيقية لا يعنها أكثر من أن تحقق سيادة الدستور في إطار منظومة قانونية تتوافق عناصرها ولا تتعارض.

وبدل للتطور الراهن للرقابة القضائية على الدستورية، على تفصيل الهيئة القضائية المركزية على محكمة أعلى داخل محاكم القانون العام. وهو ما نراه في بعض الدول كإيطاليا وألمانيا وأسبانيا وإيطاليا والبرتغال ومصر، مع تفاوت هذه الدول في كيفية تشكيلها لهذه الهيئة القضائية المركزية، وتحديدها نطاق ولايتها سواء بتقويتها أو إضعافها.

ولا تزال الدول النامية في أكثرها نابعة للرقابة القضائية على الدستورية، مطلة عدم جدواها. بل إنها تحصر على إجهاض كل محاولة لبحثها حتى تطلق يدها في كل الشئون.

وقد تأخذ بأشكال ضيقة لهذه الرقابة تقصرها على القوانين قبل إصدارها، وترفض بها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي تخول كل مواطن الحق فيها ولو لم يكن طرفا في نزاع قائم

(١) كان ينظر إلى المجلس الدستوري الفرنسي في السنوات الأولى لإنشائه كجهة مختلة. ذلك أن تشكيله كان يعطيه ملامح سياسية وقانونية.

تطبق فيه أمام محكمة الموضوع للنصوص القانونية التي يدعى مخالفتها للدستور. وإنما يواجه المواطن مباشرة هذه النصوص، ويجرحها، ولو كان من غير المخاطبين بها أو لم يكن قد أُشير من تطبيقها.

وصور التضييق هذه على اختلافها، يبررها حذر بعض الدول وتخوفها من الآثار التي تحدثها المراجعة القضائية لمستورية القوانين على العلائق للقانونية التي تمسها.

وقد يتعلق للتضييق ناره بنوع القوانين محل المراجعة القضائية، وطورا بطرائق هذه المراجعة مثلما هو الحال في فرنسا التي 'تخرج القوانين التي توافق عليها الجماهير في استفتاء من نطاق الرقابة القضائية. وتقبل في حدود ضيقة مراقبة دستورية القوانين التي تُعدل الدستور، وترفض -كأصل عام- فرض هذه الرقابة على القوانين بعد صدورها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

الفصل السابع عشر

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية

Le lois référendaires

المبحث الأول

حظر هذه الرقابة في فرنسا

٣٠٢- اطرد قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على إخراج هذه للقوانين من نطاق ولايته، ولو كان موضوعها مما احتجز الدستور تنظيمه للقوانين العضوية، أو كان هذا الموضوع قد تناول مسائل لم يمس الدستور على إجراء استفتاء فيها^(١).

ويؤسس المجلس استبعاده لهذه القوانين من نطاق ولايته، على حجة حاصلها أن القوانين التي يفصل في دستورتها هي فقط تلك التي وفق البرلمان عليها من خلال الاقتراح على أحكامها، وأن ولايته -محددة على هذا النحو- لا شأن لها بالقوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام، إذ هي تعبير مباشر عن الميادة الشعبية^(٢).

وهي حجة غير مفهومة. ذلك أن نص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي يحول هذا المجلس، الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين العضوية وجوبا، والقوانين العادية بصفة جزائية. ولا يستبعد بالتالي صراحة من نطاق رقابته، القوانين التي وفق عليها في الاستفتاء. إلا أن المجلس أخرجها من ولايته تأسيسا على أن روح الدستور تقتضي حصر هذه الولاية في القوانين التي اقترح البرلمان عليها وأقرها، وأن اختصاص المجلس كمنظم للنشاط كل سلطة في الدولة، موزع ألا تشمل ولايته التحقق من دستورية القوانين التي تجر بصورة مباشرة عن الميادة الشعبية^(٣).

وفي ذلك يقول المجلس^(٤):

S'il est vrai que l'article 61 de la constitution ne précise pas si les lois- organiques ou ordinaires- qui doivent ou peuvent être déférées au conseil constitutionnel, comprennent ou non les lois adoptées par référendum, il résulte de l'esprit de constitution

(١) François Luchaire, la Constitution de la République Française, 2e édition, Economica, PP. 1107-1109.

(٢) C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R. p. 27; C.C. 92- 313 D.C. 23 sep. 1992, R.p. 94.

(٣) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٤) C. C. 25 oct. 1988, R. p. 191; C.C. 23 des. 1960 R.P. 67, C.C. 3 avril 1962, R.P. 63.

que la compétence du conseil constitutionnel est limitée à celle qui ont été votées par le parlement. Le conseil constitutionnel est un organe régulateur de l'activité des pouvoirs public, sa mission ne saurait comporter la vérification de lois qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale..

ثم عدل المجلس بعد ذلك عن الإشارة لروح الدستور كمسند لعدم اشتغال ولايته على الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية، وصار يكتفى بإخراجها من اختصاصه تأسيساً على أنها تعبير مباشر عن المبادأة الشعبية.

٣٠٣- وفيما تطلق بعملية الاستفتاء في ذاتها، ليس ثمة مراجعة قضائية في فرنسا لمرسوم دعوة الناخبين إلى الاستفتاء، ولا لقرار رفض اللجوء إلى الاستفتاء، ولا للأعمال السابقة على الاستفتاء، والتي لا يزيد دور المجلس الدستوري الفرنسي بشأنها عن مجرد إبداء وجهة نظره حين يؤخذ رأيها.

ولكن المجلس يستعيد سلطته القضائية بعد تمام الاستفتاء *A posteriori* إذا قدم طعن إليه في نتيجته أو في الطريقة التي تم بها^(١). Le déroulement des operations referendaire .

والأصل أن تحيل الحكومة إلى المجلس مشروع المرسوم الخاص بتنظيم عملية الاستفتاء، وأن ترفق به كذلك نص مشروع القانون الذي سي طرح على هيئة الناخبين لاستفتاءها فيه. وفي هذه المرحلة، لا يباشر المجلس غير سلطة استشارية يفصح بها عن رأيها فيما إذا كان التنظيم الخاص بعملية الاستفتاء، وكذلك مشروع القانون المرفق به، موافقين أو مخالفين للدستور.

فإذا أبان عن مخالفتها أو أحدهما للدستور، فإن إصرار الحكومة على المضي في الاستفتاء، يدعو إلى أن يخطر بها أنه لن يراقبه أو يعلن نتيجته. وهو ما يمثل رادعاً نفسياً للسلطة المخالفة بتصرفاتها للدستور. وعليه أن ينقل كذلك خطابه في ذلك إلى الرأي العام، وأن يبصره بكل خلل في العملية الاستثنائية حتى لا تقدم السلطة عليها أو تقربها^(٢). وعلى الأخص إزاء ما تنص عليه المادة ٦٠ من الدستور للفرنسي من اختصاص المجلس الدستوري لفرنسا بالنظر في قانونية ودستورية *La régularité* العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها.

(١) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٢) Français l'uchaire, Commentaire à l'article 60 de la constitution. "La constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, pp. 1107- 1109.

٣٠٤- ويتعين بالتالى التمييز بين مرحلتين ثلاث في العملية الاستفتاءية:

أولاهما: مرحلة ما قبل الاستفتاء. وتختصر سلطة المجلس بشأنها فى مجرد إبداء آراء استشارية فى شأن مطابقة أو مخالفة التنظيم الخاص بها للدستور.

ثانيتهما: مرحلة جريان الاستفتاء. وهذه يراقبها المجلس ويبسط إشرافه عليها عن طريق مفوضين يتم اختيارهم بالاتفاق مع الحكومة، من بين أعضاء المصلحة القضائية.

وثالثتها: مرحلة ما بعد الاستفتاء، وفيها يفصل المجلس بصفة نهائية فى الطعون التى تقدم بشأنها ويعلن نتائجها. فإذا تبين له عدم انتظامها، فلما أن يبقى عليها، أو يبطلها كلية أو بصفة جزئية.

ولا يجوز بالتالى أن يفصل المجلس فى قرار أو إجراء تم فى المرحلة التحضيرية لعملية الاستفتاء *Mesure Préparatoire*، وهو ما يراه بعض الفقهاء محل نظر^(١).

ذلك أن الطعون الموجهة إلى نتيجة الاستفتاء والتى يختص المجلس بالفصل فيها، قد يكون سببها اختلال الاستفتاء فى مراحله التحضيرية.

وإذا كان المجلس لا يفصل فى غير الطعون التى تقدم إليه بعد تمام الاستفتاء، إلا أن الطعون التى تؤسّس على الخلل فى الأعمال التحضيرية السابقة على إجراء الاستفتاء، ترتبط كذلك بدوران عملية الاستفتاء *Le déroulement des opérations référendaires* وتأثيرها فى نتائجها التى يختص المجلس بإعلانها^(٢).

(١) Francois Luchaire, Op. Cit. pp. 1108 - 1109.

(٢) يقول Lauchaire فى ص ١١٠٨ من المرجع السابق بأنه حتى مع التسليم بوجهة نظر المجلس الدستورى فى شأن عدم جواز خضوع القوانين الاستفتاءية لرقابته، فإن القوانين التى تخرج عن مجال هذه الرقابة هى التى تتعلق بصور الاستفتاء التى حددها الدستور.

المطلب الأول

الرافضون للفصل في دستورية القوانين الاستثنائية

٣٠٥- وتثير القوانين التي قبلتها الجماهير في استفتاء عام، مشكلة بالغة الأهمية تتعلق بما إذا كان رفض الفصل في دستورها، يعتبر مقبولا وفق أحكام الدستور، إذ تنقسم الآراء في ذلك إلى اتجاهين متعارضين.

يقرر أولهما: أن قضاء الشرعية الدستورية لا يرقبون إلا القوانين التي تقرها السلطة التشريعية. ولا شأن لهم بالتالي بالقوانين التي تم الاقتراع عليها في استفتاء عام، والتي تعتبر -بالنظر إلى حقيقتها- تعبيرا مباشرا عن الميادة الوطنية^(١).

les lois que la constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adopté par le peuple français à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souverainete nationale.

ويؤيدون رأيهم بالقول بأن المراجعة القضائية للقوانين، غايتها أصلا مواجهة أعمال السلطة التشريعية، ومراقبة التنفيذ الأمين لعملية تقسيم السلطة من خلال توزيعها فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين لا تباشران ولاية تنقيتها من نفسيهما، وإنما بتفويض مباشر من الدستور والجماهير. ومن ثم يصير ملائما مراقبة هاتين السلطتين لضمان تقيدهما بالحدود التي فرضها الدستور على اختصاص كل منهما، وإردع انحرافهما فيما إذا جاوزتا إرادة الجماهير، وأغلقتا احترامهما.

ولا كذلك القوانين التي تقرع الجماهير مباشرة عليها، وتعبّر بها عن إرادتها دون وسيط. خاصة وأن إخضاع القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية التي تمثل بطريق غير مباشر إرادة الجماهير، للرقابة على الدستورية، لا زال أمرا مختلفا عليه. فإذا تقرر سحب هذه الرقابة إلى الأعمال التشريعية التي تقرها الجماهير مباشرة بنفسها، كان ذلك أكثر إثارة للجدل، لاسيما وأن السيادة الوطنية في الدول الديمقراطية، تقتضي أن تفرض الجماهير إرادتها على الكافة:

(١) C.C.61 - 20, D.C., 6 nov. 1962, R.p.27., C.C. 92 -313 D.C., 23 sep. 1992, R.p.94

المطلب الثاني

للمؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية

٣٠٦- يقول هؤلاء بأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية، للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية محل نظر من النواحي الآتية:

أولاً: تغليب المعايير الشكلية على الموضوعية. ذلك أن القانون، سواء صدر بموافقة مباشرة من الجماهير أو من السلطة التشريعية التي تمثلهم بطريق غير مباشر، فإن القانون يتمحض عن قواعد عامة مجردة. ولا شأن لخصائص هذه القواعد أو طبيعتها، بطريقة إقرارها *Leur mode d'adoption*.

ثانياً: ليس من المنطقي التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وبين قوانين أقرتها السلطة التشريعية التي أنابتها الجماهير عنها في التعبير عن إرادتها. ذلك أن مناط هذا التمييز، هو المغايرة بين قوانين تكون تعبيراً مباشراً عن إرادة الجماهير، وقوانين هي في حقيقتها تعبير غير مباشر عن إرادتها.

ثالثاً: أن التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وأخرى أقرتها السلطة التشريعية، مؤداه تقرير نوع من التدرج في طرائق مباشرة السيادة الوطنية، لتكون بعض هذه الطرق أعلى شأنًا من غيرها. وهو ما تنفيه المادة ٣ من الدستور الفرنسي التي تقضي بأن السيادة الوطنية تملكها الجماهير، وأنها تفأثرها عن طريق ممثليها أو من خلال الاستفتاء^(١). بما مؤداه تكافؤ هاتين الطريقتين من طرق مباشرة السيادة الوطنية، وتعاملهما في الدرجة^(٢).

رابعاً: كذلك فإن القول بأن القوانين التي تقرها الجماهير في استفتاء عام من الندرة يمكن، بحيث لا يؤثر عدم إخضاعها للرقابة على الدستورية، في جوهر هذه الرقابة التي تواجه القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية جميعها؛ في عموم تطبيقاتها؛ مردود بأن الرقابة على الشرعية الدستورية مناطها حقيقة المسائل التي نتناولها. ولا شأن لقلتها أو كثرتها بالحدود التي ينبغي أن

(١) La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

(٢) Dominique Rousseau. Droit du Contentieux constitutionnel 3e édition, P. 177.

تمتد إليها هذه الرقابة وفق صحيح أحكام الدستور، خاصة وأن الاستفتاء لا ينحصر بطبيعته في مسائل بذاتها، بل يجوز أن يقع على كل موضوع، ولو أقرته الجماهير بالمخالفة للدستور.

خامساً: أن الأصل في القوانين الاستثنائية، أنها تعبّر مباشرة عن السيادة الشعبية. فإذا لم نجز الطعن عليها بوصفها كذلك، وأجزنا الطعن في القوانين البرلمانية التي تجعلها^(١)، لصار من حق البرلمان - وهو لا يباشر السيادة الشعبية إلا بطريق غير مباشر - أن ينقض التعبير المباشر لهيئة الناخبين عن هذه السيادة من خلال استفتاء عام تحدد به هيئة الناخبين. في كافة مواقعها، مصير المسائل التي تناولها.

سادساً: أن المراجعة القضائية لم تعد تتوخى مجرد ضمان تقيّد كل سلطة بالضوابط التي حدّد بها الدستور ولايتها؛ ولكنها تتصرف كذلك إلى صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي قد تفل بها القوانين التي ووفق عليها بالاستفتاء، إذا نهبهم عوار هذه القوانين على هيئة الناخبين.

سابعاً: أن المواطنين لا يوافقون على قانون ما في استفتاء عام، إلا بالفراض ضمان هذا القانون لحقوقهم ولحرياتهم. فإذا أخل بها، حين أن تكون المراجعة القضائية طريق تقيّم هذا العوار.

ثامناً: أن رئيس الجمهورية قد يعرض على الجماهير مباشرة نصوص قانون بقدر أن جهة الرقابة على الدستورية قد تبطلها لمخالفتها للدستور. فلا يكون طرحها على المواطنين لاستفتاءهم فيها، إلا بقصد إسباغ حصانة عليها تحول دون تجريحها بوصفها التعبير المباشر عن السيادة الوطنية التي لا تجوز مناقشتها.

تاسعاً: أن التمييز بين القوانين البرلمانية والقوانين الاستثنائية لإخضاع أولاهما دون ثانيتهما للرقابة القضائية على الدستورية، موداه أن يصير الاستفتاء طريقاً أسهل للعملية التشريعية فيها، لا بقصد إسباغ حصانة عليها تحول دون تجريحها بوصفها التعبير المباشر عن السيادة الوطنية التي لا تجوز مناقشتها. *Liberté de légiférer* وهو كذلك تحييد لقضاء جهة الرقابة على الدستورية *Neutraliser la Jurisprudence Constitutionnelle* عن طريق إخراج القوانين الاستثنائية من محيط ولايتها.

عاشراً: أن اللجوء إلى الاستفتاء يفترض أن يكون طريقاً استثنائياً. فإذا أكثر رئيس الجمهورية من اللجوء إلى هذا الطريق لتبديا للرقابة على الدستورية، دل ذلك على توجهه لإفراغ

(١) C.C. 89- 265 D.C.. 9 Janv. 1990, R.P.12.

الرقابة القضائية على الدستورية من محتواها، خاصة إذا كان القانون الموافق عليه في الاستفتاء، مخالفاً للدستور مخالفة مباشرة، كما لو أعاد عقوبة الإعدام التي حظر الدستور فرضها أو نقل بداية مرافق عامة إلى القطاع الخاص^(١) أو عطل حق المرأة في إجهاض حملها بالمخالفة للدستور^(٢) La suppression de l' interruption volontaire de grossesse

المطلب الثالث

موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية

٣٠٧- تقرر المحكمة أن الدستور إذ خول رئيس الجمهورية أن يعرض في استفتاء عام، ما يراه ملائماً من المسائل، فإن هذا الترخيص لا يجوز أن يتخذ ذريعة للإخلال بأحكام الدستور. كذلك فإن موافقة الجماهير على قانون طرح عليها في الاستفتاء، لا يرقى بالنصوص التي تضمنها إلى مرتبة نصوص الدستور ذاتها ولا يمنحها قوتها. بل تظل في صحيح تكييفها في ذات مرتبة القانون الذي احتواها، وإلا جاز للقوانين التي أقرتها الجماهير، أن تعدل أحكام الدستور ذاتها بخير اتباع القواعد الإجرائية التي تطلبها الدستور لتعديل أحكامه.

ومن ثم تظل القوانين الاستثنائية دون الدستور في درجتها، وتعامل كغيرها من القوانين التي تعدد معها في مدارجها في مجال خضوعها للرقابة على الشرعية للدستور^(٣).

وميزة هذا الاتجاه ضمنان ميادة الدستور لتسلط أحكامه على القوانين جميعها سواء في ذلك ما كان منها تعبيراً مباشراً عن الميادة الوطنية أو تعبيراً غير مباشر عنها. خاصة وأن الاستفتاء رخصة استثنائية لرئيس الجمهورية، وهو يتقيد في مباشرتها بالحدود التي نص عليها الدستور، فلا يجوز أن يكون موضوعها مخالفاً لأحكامه، ولا للتعرض بها لإسقاط نصوص الدستور ذاتها، وإلا كان ذلك تعديلاً لها.

فضلاً عن أن إخضاع القوانين التي أقرتها الجماهير مباشرة للرقابة على الدستورية، يضيق من مباشرة رئيس الجمهورية لهذه الرخصة الاستثنائية، فلا يلجأ إليها في غير ضرورة تقتضيها.

(١) C.C. 86- 207 D.C., 25- 26 Juin, 1986, R.P. 61.

(٢) راجع في المحجج المتقدمة جميعها من ١٧٨- ١٧٩ مؤلف دومنيك روسو السابق الإشارة إليه.

(٣) دستورية عليا -القضية رقم ١٣٩ و ١٤٠ لسنة ٥ قضائية دستورية- جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦- قطاعه رقم ٥٠- من ٣٣٦ من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها.

الفصل الثامن عشر

الحماية القضائية على القوانين المعدلة للدستور

Le lois constitutionnelles

٣٠٨- تعني المناشير بأن تحدد في صلبها الهيئة التي توليها مهمة تعديل أحكامها. فلا يختص سواها بإجراء التعديل، سواء كان اقتراح التعديل بمبادرة من رئيس الجمهورية، أم من قبل عدد معين من أعضاء الهيئة التي اختصتها بإجراء التعديل.

وينفذ التعديل بمجرد إقراره من الهيئة التي تتولاها وفقاً للدستور؛ وبالأغلبية الخاصة التي حددها، ووفق الإجراءات التي بينها والتي تنقسم عادة بتعدد حلقاتها وتساوئها وصرامتها؛ وذلك سواء كانت الهيئة التي تتولى هذه المهمة بتفويض من الدستور، ذات تكوين خاص، أم كانت هي السلطة التشريعية ذاتها التي تقرر التعديل بالأغلبية الخاصة لكل من مجلسيها، أو باجتماعهما معاً في شكل مؤتمر.

وهو ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ التي تنص بما يأتي:

> <حقنتم طلب تعديل الدستور إما بمبادرة من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح رئيس مجلس الوزراء؛ وإما من أعضاء البرلمان. ويعرض مشروع أو الاقتراح للتعديل على كل من مجلسي البرلمان للاقتراح عليه بصيغة واحدة (١) En termes identiques. ويكون التعديل نهائياً بعد الموافقة عليه في الاستفتاء.

ومع ذلك لا يعرض مشروع التعديل للاستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان منعداً في شكل مؤتمر. وفي هذه الحالة يتعين أن يحصل مشروع التعديل على ثلاثة أخماس أصوات المقتربين. ويتخذ المؤتمر من الجمعية الوطنية مكتباً له.

(١) أنظر تعليق Daniel Gaxie على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي، وذلك في ص ١٣٦٦ حتى ١٣٤٠. من أنظمة الثانية من مؤلف عنوانه La constitution de la Republique française, Economica.

ولا يجوز اتخاذ إجراء لتعديل الدستور أو المضي فيه إذا أخل بتكامل الإقليم ويحظر كذلك أن يكون موضوع التعديل الشكل الجمهوري للحكومة^(١).

وسواء كان التعديل نافذا بمجرد إقراره من الهيئة التي اختصها الدستور بإجرائه، أم كسائر نفاذه مطلقا على استفتاء، وسواء بالمر رئيس الجمهورية إلى اقتراح التعديل، أم قدم الاقتراح من عدد معين من أعضاء السلطة التشريعية، وسواء تم التعديل بموافقة كل من مجلسيها، أم كان إقراره عن طريق مؤتمر يجمعهما، فحين في كل هذه الأحوال أمام قانون صدر بتعديل الدستور، ولا يجوز بالتالي أن يتعلق بغير الممثل التي تدرجها الدستور عادة في صلبها كنظام الحكم في الدولة بما في ذلك كيفية توزيعها لسلطاتها بين مؤسساتها، ونطاق حقوق مواطنيها وحرياتهم. وجميعها قواعد دستورية لا يجوز تغييرها إلا بتعديل الدستور.

وينبغي أن يلاحظ أن قوانين تعديل الدستور -يفض للظن عن موضوعها- هي قوانين بمعنى الكلمة، وإن كان إقرارها يقتضي الدخول في إجراءات معقدة متعددة المراحل تعينها السلطة التأسيسية. وهي السلطة الأصلية التي تنبثق الدستور عنها، وكان من خلقها ابتداءً Les constituants d'origine.

٣٠٩- وليس ثمة إجماع على خضوع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية. ذلك أن الفقهاء ينقسمون في ذلك إلى أكثر من اتجاه:

(١) وفيما يلي نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي في نطقها الأصلية:

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du premier ministre et aux membres du parlement.

Le projet ou la proposition de revision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La revision est définitive apres avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de revision n'est pas présenté au referendum lorsque le président de la République décide de la soumettre au parlement convoqué en Congres; dans ce cas, le projet de revision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congres est celui de l'Assemblée Nationale.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porte atteinte a l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

الاتجاه الأول

لا يجوز إخضاع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن قوانين تعديل الدستور لا يجوز إخضاعها للمراجعة القضائية، وذلك بالنظر إلى موضوعها، وعلى ضوء طبيعة تكوين الهيئة التي أقرتها، والتي تتلقى التفويض مباشرة من السلطة التأسيسية التي صدر الدستور عنها. وعلى الأخص كلما كان عرض هذه القوانين في استفتاء عام، شرطاً لمبرائها. إذ يعتبر قبول الجماهير لها في الاستفتاء، تعبيراً مباشراً عن إركانها التي لا يجوز لأحد أن يراجعها فيها. فضلاً عن أن إخضاع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية -ولو لم يجر استفتاء عام عليها- هو تعقيد للسلطة التي أقرتها في حركتها التي تخولها أن تعدل كل مادة في الدستور، وذلك باستثناء مواد التي حددتها السلطة التأسيسية حصراً، كإجراء تعديل في الدستور يخل بوحدة للدولة، أو بتكامل إقليمها، أو بنظامها الجمهوري^(١).

الاتجاه الثاني

خضوع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن القوانين التي تعدل الدستور هي من الناحية الشكلية قوانين بمعنى الكلمة اقترح عليها أعضاء السلطة التشريعية. ولا يخبر من نكيتها أن تكون هذه السلطة قد اعتمدتها بأغلبية خاصة؛ ولا عرضها على الجماهير في استفتاء؛ ولا إقرارها حتى عن طريق مؤتمر يضم مجلسي البرلمان. ذلك أن هذا المؤتمر لا يزيد أن يكون جمعية برلمانية يجوز إخضاع اللوائح التي تنظم عملها للمراجعة القضائية^(٢).

وإذا جاز القول بأن السلطة التي تقرر التعديل، هي في حقيقتها اشتقاق من السلطة التي خرج الدستور أصلاً من رحمها، إلا أن هذا الاشتقاق Constituant dérivé لا يدمجها في السلطة

(١) تصم الفترتان الأخيرتان من المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن تكمل إقليم الدولة والشكل الجمهوري لنظامها لا يجوز أن يتعلق بهما تعديل.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsque il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

(٢) يراجع المجلس الدستوري الفرنسي اللوائح التي تنظم عمل المجلسين التشريعيين المنتخبين في شكل مؤتمر

C.C. 63- 24 D.C., 20 dec. 1963, R.p. 16.

الأصلية التي صدر الدستور ابتداء عنها، ولا يجعلها من جنسها. ذلك أن السلطة الأصلية *Constituant originaire*، هي تلك التي خولتها الجماهير تصميم دستور يكون مليها مطالبها بما يعيد تنظيم الدولة وفق أسس مختلفة عن تلك التي كان معمولاً بها من قبل.

ولا كذلك سلطة تعديل الدستور. ذلك أن تحويل السلطة الأصلية جهة غيرها حق إجراء هذا التعديل، لا يماويلها في مرتبتها. وإنما هي سلطة تابعة للسلطة الأصلية التي تحدد لها إطار حركتها وضوابط عملها من خلال قواعد شكلية وموضوعية تلزمها باتباعها. فلا تملك تحريفها أو الخروج عليها ولا تكرر إلا في فلكها. فضلاً عن أن الهيئة التي تدخل الدستور، هي ليس حقيقة تكليفها القانوني سلطة عامة تضبط إيقاعها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان تقديمها بالحدود التي فرضها الدستور في شأن الشروط والأوضاع التي تطلبها لتعديل أحكامه. شأنها في ذلك شأن كل سلطة غيرها، ناطق الدستور بها مباشرة اختصاص معين^(١).

الاتجاه الثالث

حظر التعديل الشامل للنصوص رقم الدستور

أن كل تعديل للدستور يتعين أن يكون جزئياً، فلا يحيط بنصوص الدستور جميعها، ولا يغير من القيم الجوهرية التي يقوم عليها، ولا من الهياكل الرئيسية لتتظم الدولة، ولا يحيط بالأعراض النهائية التي يتوخاها. فإذا خرج قانون تعديل الدستور عن حدوده المنطقية تلك، خضع للمراجعة القضائية^(٢).

الاتجاه الرابع

انعدام الفواصل بين التعديل الجزئي والتعديل الشامل للدستور

أن التمييز بين تعديل جزئي للدستور، وبين تأسيس من جديد لكامل أحكامه، وإن كان منطقياً ومفهوماً، إلا أن الفواصل بين هاتين العمليتين تترك كثيراً في العمل.

(١) وصف المجلس الدستوري الفرنسي نفسه بأنه أداء تنظيم أوجه نشاط سلطات الدولة

L'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics

C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R.p. 27.

فضلا عن أن التعديل ولو كان جزئيا، قد يخل بتوازن كلن ملحوظا وقت إقرار الدستور، كإلغاء سلطة رئيس الجمهورية في حل البرلمان، أو إسقاط مبدأ المسؤولية الوزارية. فإلى أي حد يعتبر التعديل المقترح واقعا في حدود متطلباته وأغراضه المنطقية، أو مجاوزا لها...؟^(١)

كذلك فإن من المفترض في التعديل، أن يتناول تغييرا مطلوباً، لئلا كان موقع هذا التغيير من النصوص التي يشملها، أو درجة أهميتها.

ولا يجوز بالتالي إيراد قيد على مضمون التغيير، إلا إذا تأتى القيد من نصوص الدستور ذاتها، كما لو حظر الدستور تعديل مواد بذاتها فيه كتلك التي تتعلق بالديمقراطية أو الطائفية أو باستقلال السلطة القضائية.

وفيما عدا دائرة النصوص التي حظر الدستور صراحة تعديلها، فإن اتفاق التعديل لا يجوز تقييدها، وإلا قصر عن أن يكون كفافا للجماعة مصالحها في أشكالها المتغيرة^(٢).

وما يقال من أن للتساير جميعها قيمة ومبادئ دستورية لا يجوز تعديلها، كتلك التي تتعلق بالسيادة الوطنية، وبوحدة الدولة وتكامل إقليميها؛ مردود كذلك بأن هذه القيم والمبادئ ذاتها يجوز أن تعديها السلطة الأصلية التي كان لها فضل إيجاد الدستور، وبعثه إلى الحياة.

فإذا لم تفرض هذه السلطة على الجهة التي اختصتها بتعديل الدستور، قيودا في شأن نطاق التعديل، فإن اختصاص هذه الجهة في إجراءاته يكون كاملا، خاصة وأنّها سلطة ذات سيادة، وسيادتها هذه تحولها إزاء ما تراه من أحكام الدستور، أو تعديلها، أو تكملتها، ولو اختلف التوازن الذي كان يكفل من قبل تماسكها.

وهي بذلك لا تعتبر سلطة عامة تلزم بالنزول على الدستور بما يحول دون خروجها على قواعدها ولكنها سلطة إدارية تقيم نصوص جديدة كبديل عن نصوص قديمة، وتقوم من مضمون النصوص القديمة في بعض جوانبها، أو تدرأ فيها، وهي تتمتع في ذلك بسلطة تقديرية لا تقيدها في مباشرتها أية قاعدة لها قيمة دستورية^(٣).

(١) C.C. 93- 312.2 Sept 1992, R.p. 70.

(٢) C.C. 81 - 132 D.C. 16 janv. 1982 R p 18

وليس ثمة ما يمنعها بالتالي من الخروج -صراحة أو ضمنا- على قيم أو مبادئ قسام الدستور عليها، أو كان لها قيمة مجبورية. وذلك مؤداه أن اختصاص الجهة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، لا يخلوها فقط إختلال تعديل جزئي عليها، بل إحداث أحكام جديدة تضيفها إلى الدستور. بل إن سلطتها في الإضافة تتقدم سلطتها في التعديل المحدود، أو على الأقل تساويها. ويتعين دائما على كل تعديل للدستور -إضافة لأحكامه أو تغييرا لها على وجه آخر- أن تقتصر الجهة القضائية رقابتها على السلطة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، فيما قيدها الدستور به في مجال مباشرتها لهذا الاختصاص^(١) وليس لها بالتالي أن تتدخل في عملها لتقييم الحدود التي ورثتها من التعديل.

الاتجاه الخامس

قوانين تعديل الدستور لها شرائطها التي لا يجوز أن يحدو التعديل منها

ولما كانت آراء المؤيدين أو المعارضين للرقابة القضائية على قوانين تعديل الدستور، فإن ما أراه صوابا هو أن كل تعديل مشروط ابتداء بالتقيد بالقواعد التي فرضها الدستور لإجراء التعديل، سواء في ذلك ما كان منها من طبيعة شكلية، كاستيفاد المراحل التي حددها الدستور لإجراء التعديل، وأن يتم بالأغلبية الخالصة التي اشترطها، وعلى ضوء نتيجة الاستفتاء إذا كان مطلوباً كشرط لنفاذه^(٢)؛ أو ما كان من هذه القيود من طبيعة موضوعية كما لو حظر الدستور تغيير الشكل الجمهوري لنظام الحكم، أو النزول عن جزء من إقليم الدولة أو الدخول في أحلاف أجنبية

(١) انظر عرض بعض الآراء المؤيدة أو المعارضة للقوانين المعدلة للدستور

Dimiri Georges lavroff, le droit constitutionnel de la ve Republique, 2e edition, pp. 178- 180.

(٢) ولما للجهن الصادر ١٨٩٩ من دستور جمهورية مصر العربية يتم تعديل الدستور من خلال مراحل متعددة تنص كل منها المرحلة التي سبقتها، إذ يلتزم مجلس "شعب أولا مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه سواء تعلق الأمر بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وسواء كان طلب التعديل ملغما من رئيس الجمهورية أو موقعا عليه من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل. فإذا رفض الطلب، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يلتزم بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضائه لمجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه، ويعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء بقوله

لأغراض لا صلة لها بحفظ السلم الدولي، أو الإخلال بقواعد القانون الدولي التي لا يجوز نقضها Jus Cogens أو تقرير حقوق المواطنين تكون أقل في مستوياتها مما هو مقرر منها في السدول الديمقراطية، أو الإخلال بحقوق بنواتها نص عليها حصراً، أو تغيير أوضاع حرص على إبقائها كنظام توارث العرش في بعض الدول^(١) أو كالمطبعة الديمقراطية لنظام الحكم بها، أو كوحدة الدولة وتكامل إقليمها. ذلك أن هذه القيود بنوعها من عمل السلطة التأسيسية؛ فلا يجوز أن تخرج عنها الهيئة التي فوضتها هذه السلطة في إجراء التحديل.

ومشروط ثانياً بأن يكون التحديل خطوة أكبر وأعمق في اتجاه تأكيد حقوق المواطنين وحرياتهم. فإذا انقض التحديل على ما هو قائم منها بدلاً من ضمانها بصورة أفضل؛ كان ذلك نكولاً من الجهة التي اختصها الدستور بتعديل أحكامه، عن الحدود المنطقية للتفويض الصادر لها من السلطة التأسيسية التي كان الدستور محصلة جهودها في إرساء قواعده.

ولا يجوز بالتالي أن يخل التحديل بالسيادة الوطنية، ولا يكون الجنسية شرط للمواطنة؛ ولا بوحدة الدولة وتكامل أجزائها؛ ولا أن يكفل لأقلية وطنية حقوقاً أقل من التي كفلها لبقية المواطنين؛ ولا أن يكون منها حقوقاً رئيسية ترتبط بالقيم الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيها، خاصة ما يكون في وجوده أسبق من الدولة ذاتها^(٢)، ومن ذلك الحق في التحديت التي تملسها الفطرة الإنسانية، وحرية الخلق والإبداع في العلوم والفنون على اختلافها لتسخيرها من أجل الرقي الإنساني، وحرية التعبير عن الآراء التي تفضيها، والحق في مقاومة الاستبداد.

وهذا المعنى هو ما تركده بعض الدساتير الأجنبية كنص للفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية التي تحظر تعديل المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون. وجميعها تنص بكرامة الإنسان وصون حرمة حياته الخاصة، وحقه في التنقل والاجتماع والتعبير عن رأيه ونشره، وغير ذلك من حقوقه الأساسية التي لا تنضم بما يجعل النزول عنها أو تقديم الحق فيها، مستعصياً، وبما يكفل بالتالي ترابطها وانسجامها في وحدة عضوية تجمعها،

(١) انظر في ذلك دستور ١٩٢٢ الذي كان معمولاً به في مصر.

(٢) وبمنه البعض هذه المبادئ بأنها فوق الدستور فلا يجوز المساس بها *Principes supra-constitutionnels* ومى لفكرة راجعها المجلس الدستوري الفرنسي. C.C. 93- 312, 2 Sep.1992, R.p. 76.

لتكون جميعها واقعة في إطار منظومة واحدة لا تتفرق في أغراضها النهائية، ولا يناقض بعضها البعض في مضمونه.

ومشروط ثالثاً: بأن يكون التعديل جزئياً. ذلك أن السلطة التي ناط بها الدستور تعديل أحكامه، لا تعتبر سلطة بديلة عن السلطة التي أحدثتها.

ولا يجوز -ومن ثم- أن يكون تعديلها للدستور انقلاباً على أحكامه جميعها، تفسير منها بالطريقة التي تراها، وكأنها تضع للدولة دستوراً جديداً *Modifier la Constitution, n'est pas changer de constitution*، خاصة وأن التعديل في طبيعته -يفترض توفيق اعوجاج في أجزاء محدودة من الدستور، وتلافاً مع احتياجات المواطنين.

ولا يجوز بالتالي أن يتمحس التعديل عن إلغاء الدستور. بل يتعين إذا لم يعد الدستور ملبياً لمصالح المواطنين، أن تقوم بوضع الدستور الجديد سلطة تأسيسية جديدة تنظر بنفسها فيما تراه أحفظ لحقوقهم وأمنهم لحياتهم.

وهذا المعنى مستفاد ضمناً من الفقرة الأولى من المادة ١٨٩ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية التي تخول كلا من رئيس الجمهورية وعدد معين من أعضاء السلطة التشريعية طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، لا إبدال الدستور. القائم بدستور جديد.

وفي إطار هذه القيود، تباشر كل من السلطة التي تعدل الدستور من ولايتها، وتراقبها الجهة القضائية في كيفية مباشرتها لهذه الولاية.

فلا تكون أولاهما معصومة من الرقابة القضائية، إلا بقدر مباشرتها لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، وفي إطار الضوابط المنطقية لممارستها.

ولا تكون ثانيتهما ممنوعة من مراقبة عمل أولاهما، كلما قام اختصاصها في تقييس هذا العمل على متطلباته الدستورية الشكلية منها والموضوعية، وكذلك على موجباته المنطقية، خاصة وأن إطلاق السلطة التي تعدل الدستور، من كوابحها، موداه انقلاباتها.

ومشروط رابعاً: بأن القوانين التي تعدل مادة أو أكثر في الدستور، les lois constitutionnelles لا تعتبر قوانين مفسرة للدستور. ذلك أن تفسير النصوص القائمة لا يعني تعديلها أو الإضافة إليها، بل مجرد تجلية غموض شأها من جراء صياغتها بطريقة معينة. Eclaircir sa signification cachée par une rédaction insuffisamment claire. فإذا عدل قانون من أحكام الدستور من خلال التمرع بتفسيرها، بطل هذا القانون.

فضلاً عن أن القانون المفسر لا يجوز أن يتطرق بغير قانون من درجته، وليس بالدستور الأعلى مرتبة من القانون.

ولا كذلك قوانين مراجعة الدستور، لأنها تستعاض عن مادة أو أكثر فيه بغيرها، وتمنح النصوص الجديدة قوة نصوص الدستور ذاتها^(١).

ومشروط خامساً: بأن للشروط الموضوعية التي تحيط بها السلطة التأسيسية تعديل الدستور، تقتضى من الجهة القائمة على الرقابة الدستورية، أن تميز أغوارها. فإذا حظر الدستور تعديل النظام الديمقراطي للحكم، نعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تستظهر ما إذا كان التعديل حتى مع تقيده بأحد أشكال الديمقراطية، قد ناقض خصائصها التي تقتض أصلاً تقديم السلطة وتوزيعها وتداولها بطريق الاقتراع، وضمان استقلال السلطة القضائية، ومساواة المواطنين وتضامنهم^(٢).

ومشروط سادساً: بأن تعديل الدستور يفترض أن تكون الهيئة التي تتولى التعديل متحررة من كافة الضغوط التي تعطل أو تقيد حريتها في التقدير والتقرير. ولا كذلك أن يكون جزء من إقليمها محتلاً أو واقعاً في قبضة بعض المتمردين عليها.

ومشروط سابعاً: ألا يكون التعديل قد أدخل على نصوص الدستور تناقضاً يستحيل أن يتحقق به التوافق بين أجزائها.

(١) Decisions of the Constitutional Court of Romania ; DECISION No19 on February, 14 1995 ; Published in the Official Gazette of Romania",no39, from February,23,1995

(٢) عكس ذلك Daniel Gaxie ص ١٣٢٩ من تطبيقه على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي المنشور في المؤلف السابق الإشارة إليه وعنوانه "دستور الجمهورية الفرنسية - الطبعة الثانية Economica ويؤيد المجلس الدستوري الفرنسي صموم القوانين التي تعدل الدستور للرقابة إذا لم تلتزم السلطة التي أجرت التعديل بالشروط التي فرضها الدستور عليها 76 R.p. 1992, 2 sep. 1992, C.C. 93- 312 D.C.

الفصل التاسع عشر

أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣١٠- تنبسط المراجعة القضائية في شأن دستورية القانون، على كل قاعدة قانونية سواء أقرتها الحكومة للفيدرالية، أو ولايتها، أو مقاطعاتها، لم أقرتها في الدولة البسيطة حكومتها المركزية، أو سلطاتها المحلية، وسواء تم إخراج هذه للقواعد القانونية في قانون أو لائحة أو في معاهدة دولية.

وقد كانت الرقابة السابقة على صدور القانون، قائمة في أسبانيا، ثم تقرر إلغاؤها عام ١٩٨٥. ولم يبق من الدول الأوروبية التي تطبقها غير فرنسا والبرتغال. بل إن البرتغال تأخذ بصورتين للرقابة هما الرقابة السابقة واللاحقة. أما في النمسا، فإن دور الرقابة القضائية السابقة محدود الأهمية، إذ يقتصر على عملية توزيع الاختصاص بين الاتحاد والوحدات الأعضاء فيه. ولا توجد هذه الرقابة في سويسرا، ولا في غيرها من الدول الأوروبية عدا تلك التي أشرنا إليها.

وللرقابة القضائية السابقة على صدور القانون شأنها في ذلك شأن الرقابة اللاحقة على العمل به، ضوابطها. ذلك أن هاتين الرقابتين لا تختلفان عن بعضهما، إلا في زمن إجراء كل منهما. ولكنهما تتناولان معا قانونا أقره البرلمان بعد أن حدد المسائل التي ينظمها، والوسائل إلى تحقيق الأغراض التي يبتغيها من تنظيمها. وعلى هذين الأمرين ما تنبسط الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لتعلقها بموضوع القانون، وبالوسائل التي تحقق أغراضه.

فالأصل في التعددية، وفي حرية العقيدة، ألها حريتان مطلقتان. فإذا أيدها قانون، فإن موضوع القانون يكون مخالفا للدستور^(١).

وحتى إذا كان موضوع القانون مما يجوز تنظيمه تشريعيا وفقا للدستور -وهي الصورة الغالبة- فإن النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم هذا الموضوع قد لا تكون ملائمة في تقدير جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تغاير موازينها في التقييم، اجتهد السلطة التشريعية

(١) لا يقتصر مفهوم التعددية على التعددية الحزبية، ولكنها مفهوم شامل يتناول التعددية التي تقوم على تبادل الآراء، والتعددية في طرائق التعبير على اختلافها لغيا ولديا أو علميا أو إبداعيا أو مهنيا. وهي في حقيقتها أساس المجتمع المدني، ونقطة الأساس في نظمه الديمقراطية.

المنتخبة، والتي يقال عادة بأنها أكثر شرعية من جهة الرقابة، لأنها تعبر بصورة أدق فيما تقرره من القوانين عن السيادة الشعبية ولها بالتالي حق اختيار موضوع القانون، وكذلك لتتاهج ما تراه من الوسائل لتنظيمه. وهو قول باطل يتخذ صورة الحق. ذلك أن السيادة الشعبية لا تتأهض للدستور، ولكنها تقترض فمن يمارسها الخضوع لأحكامه.

وليس للسلطة التشريعية بالتالي حصانة تعطيها فوق الدستور، أو تخولها مجاوزة حدوده، سواء أطلق الدستور ولايتها بما يخولها حق تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم وشئونهم جميعاً أم حصر ولايتها في مسائل بذواتها، واحتج ما عداها للسلطة التنفيذية تشريع فيها من خلال لوائحها، مثلما هو الحال في فرنسا^(١).

ولئن جاز القول بأن الولاية المفترضة للسلطة التشريعية هي الأصل، وأنها تخولها تنظيم كافة المسائل لبا كان موضوعها، كصون الأمن العام وتنظيم المرافق لضمان تسييرها أو تطويرها، ومعالجة الجناة، وكفالة استقلال السلطة القضائية، وضمان تنوع الآراء بغض النظر عن حواجزها ومصدر تلقاها؛ وكان للسلطة التشريعية بالتالي حق تنظيم كل حق أو حرية أيا كان مضمونها؛ إلا أن النصوص القانونية التي تقرها في شأن كل موضوع تتولاها بالتنظيم، تعتبر مجرد وسائل حددتها لتحقيق أغراض بذواتها. ذلك أن هذه الوسائل إما أن تكون مدخلا لصون حقوق المواطنين وحرياتهم؛ أو موطناً للإخلال بها ويكمن فيها بالتالي احتمال نقض الحقوق التي كفلها الدستور.

(١) تحدد المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي المسائل التي ينظمها القانون، وحصرتها في المسائل التي عينتها والتي يدرج تحتها تقرير القواعد للمنظمة للمقوق المدنية والضمائم الأساسية المكفولة للمواطنين من أجل مباشرة حرياتهم العامة. والحق في العمل والتنظيم النقابي والضمائم الاجتماعية والقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة وأعباءها وفق الشروط التي يسنر بها قانون عضوي، فضلاً عن تأمين المشروعات ونقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، والضمائم الأساسية المكفولة لموظفي الدول المدينيين والصركيين وكذلك قواعد التجريم والعقاب والمو وإشياء نظم قضائية جديدة ونظم قضائية بالإضافة إلى الجنسية وحالة الأيخاخص وأهلوتهم ونمهم المالية وتوارثهم، والنظم الانتخابية البرلمانية والمحطوة وتنظيم الدفاع المدني، ونظم تملكية والحقوق سم والائترسات المدنية والتجارية. وتكسر المادة ٣٧ من ١٥٠ الدستور، على أن المسائل التي لا يتحل في المجال المحجوز للقانون، تسيير من طبيعة لائحية.

ومن ثم يتعين أن نزلها للهيئة القضائية بالقسط التحقق من توافر صلة منطقية بين هذه الوسائل وغاياتها، وإلا حين إبطال النصوص المفوضة إليها. فلا يكون هذا الإبطال تحكيمياً.

ومن ثم ينحل تقييم هذه الوسائل إلى عملية ذهنية لا تماثل تلك التي تجريها السلطة التشريعية في مجال مفاضلتها بين البدائل التي تترشح على الموضوع الواحد.

ذلك أن الهيئة القضائية لا تحل نفسها محل المشرع سواء في مجال اختيار بديل دون آخر، أو تفضيل بديل على غيره ولكنها تنظر فيما إذا كان هذا الاختيار والترحيل كافلاً عقلاً لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من التنظيم.

وهي بذلك تستهضئ مسؤوليته في اختيار أكثر الوسائل ملاءمة لتحقيق هذه الأغراض في إطار نصوص الدستور. بل إنها قد تكون في حيثياتها ما تراه مضموناً صحيحاً لهذه الوسائل^(١).

ومهمتها في ذلك شائكة بلا نزاع، وتثير صعاباً لا يستهان بها، لعل ألدّها خطراً اتهامها بأنها تشرع لنفسها، وأنها تفرض السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، وأنها تفرض وصايتها على التشريع التي يفرض بها وأن من المفترض في السلطة التشريعية سعيها لضمان المصلحة العامة في كافة مظاهرها، ومن أوجهها المختلفة^(٢).

ولا يجوز بالتالي أن ترجعها الهيئة القضائية في مناح تحققها، ولا أن تقيم نفسها محلها فيما تراه أكمل لإشباعها، ولا أن تكون سلطتها في تقييم النصوص القانونية للمطعون عليها موازية لاختصاص السلطة التشريعية في اختيارها لها، والتي تقدر على ضوئها الوسائل التي تراها أكثر صوناً لحقوق مواطنيها وحررياتهم^(٣).

ولما كان شأن المخاطر التي تجابه الهيئة القضائية في هذه المنطقة الوعرة، فإن نظرها في الوسائل التي اختارها المشرع -وهي النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم موضوع معين- وتقديرها ملاءمة اللجوء إليها لتحقيق الأغراض التي يتوخاها هذا التنظيم، يظل أصلاً مبدئياً على الجد. ذلك أن تقييمها لهذه الوسائل لا يتوخى إبدالها بغيرها، وإنما فقط تقرير مجاوزتها

(١) C. C. 93 - 326 - D. C., 11 août 1993, R.p. 217.

(٢) C.C. 83 - 162 D.C., 19 - 20 juil. 1983, R.p. 49.

(٣) C. C. 74 - 51 D.C., 15 janvier 1975, R.p. 19.

الأغراض المقصودة منها. وليس للمشرع بالتالى أن يتنزع بالسلطة التقديرية التى يملكها لتقرير ما يراه من النصوص القانونية كافيا لتحقيق المصلحة الميتفاه من التنظيم التشريعى لأذى ألسره؛ ولا أن يبرر خطأه فى تقدير الوسائل الملائمة، بغموض نصوص الدستور التى يتصل بها هذا التنظيم؛ ولا بصعوبة إدراكه لجوانبها بالنظر إلى دقة المسائل التى تناولها المشرع على ضيقه طبيعنها الاقتصادية أو الاجتماعية أو المالية أو الانتخابية المعقدة. ذلك أن الدستور لا يأنى بغير الوسائل الأكل تقييدا للحرية، والأكثر ضمنا للحقوق. ولا تفعل الهيئة القضائية شيئا غير إنفاذ حكم الدستور حتى لا يكون اختيار المشرع للوسائل التى لصطفاها، قائما على الأهواء أو قرين التحكم.

المبحث الأول

صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا

المطلب الأول

الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صدور القانون

٣١١- الصورة المثلى للرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها، هي التي نص عليها دستور فرنسا لعام ١٩٥٨، ومن ثم نعرض لها بشيء من التفصيل، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا تزال محدودة في نتائجها بالنظر إلى أن ما يستبعد من نطقها، أكثر مما يدخل في محيطها، وهي بذلك ولاية غير مفتوحة، ولا عريضة وولدها، ولا يلج الأفراد أبوابها. ولهذه الرقابة في فرنسا صورا متعددة نعالجها هنا على النحو الآتي:

الفرع الأول

الرقابة القضائية السابقة ولوجوبية على القوانين العضوية

٣١٢- تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي على أن القوانين التي يطلع عليها الدستور صفة القوانين العضوية، هي التي يتم الاقتراح عليها وتعديلها وفقا لأحكام هذه المادة. ومن ثم لا تعتبر القوانين العضوية كذلك بالنظر إلى خصائص معينة تنفرد بها وإنما تتعدد صفاتها هذه بناء على نص في الدستور. وتتوخى هذه القوانين التي ظهر مصطلحها لأول مرة في دستور ١٨٤٨، أن تفصل للمسائل التي حددتها^(١).

وتحتل القوانين العضوية بأهمية كبيرة منذ العمل بدستور ١٩٥٨، وذلك من النواحي الآتي

بيانها:

(١) تحويل المادة ٦٢ من الدستور إلى قانون عضوي ليبان القوانين الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري، وكيفية مباشرته لوظيفته، والإجراءات التي تتبع أمامه خاصة ما يتعلق منها بتحديد مواعيد الطعن. وعملا بصن المادة ٦٥ من الدستور يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء ويكون وزير العدل نائباً له. ويشكل هذا المجلس -فضلاً عما تقدم- من خمسة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي. وتنص المادة ٦٧ من الدستور على أن يصدر قانون عضوي بتشكيل محكمة العدل العليا، وتحديد قواعده مباشرتها لوظيفتها، والإجراءات التي تتبع أمامها.

أولاً: أن الاقتراح عليها وتعديلا لا يجوز إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ٤٦ من دستور ١٩٥٨.

ثانياً: أن نطاق عمل القوانين العضوية ينحصر في مسائل محددة عهد إليها الدستور بها. وليس لها بالتالي أن تنظم ما عداها إلا بوصفها مجرد قوانين عادية^(١).

كذلك لا يجوز للقوانين العادية أن تدخل باختصاص تتولاها القوانين العضوية وفقاً للدستور^(٢). لا يجوز إصدار القوانين العضوية قبل أن يطن المجلس الدستوري مطابقتها للدستور. وهو ما نص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٦، والفقرة الأولى من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي التي تقضي أولاً بأن القوانين التي يعتبرها الدستور قوانين عضوية، لا يجوز إصدارها قبل أن يؤكد المجلس دستوريتهما^(٣)، وتنص ثانيتهما على أن القوانين العضوية قبل إصدارها، وللوائح البرلمانية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ قبل تطبيقها، يتعين عرضها على المجلس كي يفصل في تطبيقها أو تعارضها مع الدستور.

ومن ثم تكون الرقابة على دستورية القوانين العضوية، رقابة وجوبية لا تقتصر على ما يكون من بينها مظنوناً مخالفته للدستور؛ ولكنها تشمل القوانين العضوية جميعها، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا يحركها إلا رئيس مجلس الوزراء بوصفه المصلحة المختصة بعرض القوانين العضوية على المجلس الدستوري في الوقت الذي يراه.

غير أن سلطته في اختيار وقت عرضها مقيدة من جهتين:

أولهما: أن من القوانين العضوية ما يحدد المهلة التي يتقيد بها رئيس مجلس الوزراء في شأن عرض هذه القوانين على جهة الرقابة.

ثانيتهما: أن القوانين العضوية التي لا تعرض على هذه الجهة، يستحيل إصدارها وتطبيقها.

(١) C.C. Decision no 75 – 62 D C du 28 janvier 1876.

(٢) C.C. decision no 84 – 177 DC du 30 août 1984.

(٣) Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après declaration par le conseil constitutionnel de leur conformité à la constitution.

وعلى المجلس الدستوري أن يفصل في دستوريته نصوص القوانين العضوية جميعها، وذلك بعد التحقق من استيفاء الأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور في مجال إعدادها، ومن بينها.

أولاً: أن المشروع أو الاقتراح الخاص بها، لا يجوز أن يناقش من قبل الجمعية التي يعرض عليها أولاً، ولا أن تقرع عليه قبل انقضاء ١٥ يوماً من وقت إيداع هذا المشروع أو الاقتراح.

ثانياً: إذا لم يتم الاتفاق بين مجلسي البرلمان حول مشروع القانون أو الاقتراح، فإن إقرار الجمعية الوطنية لهذا المشروع أو الاقتراح في قراءتها الأخيرة لأيهما، يتعين أن يكون بالأغلبية المطلقة لأعضائها. (١)

ثالثاً: يتعين الاقتراح على القوانين العضوية الصادرة في شأن مجلس الشيوخ، بالصيغة ذاتها في كل من مجلسي البرلمان.

رابعاً: لا يجوز أن تنظم القوانين العضوية، غير المسائل التي اقتصها الدستور بها.

إذا تبين للمجلس الدستوري أن قانوناً عادياً نظم شيئاً من الشؤون التي تنفرد بها القوانين العضوية وفقاً للدستور، قضى بعدم دستورية هذا القانون (٢).

ولا كذلك أن تنظم القوانين العضوية مسائل لا تدخل في اختصاصها، أو تتناول في بعض جوانبها تقرير نصوص قانونية في منطقة تنظمها القوانين العادية.

ذلك أن المجلس لا يقضي في هذه الحالة بعدم دستورية نصوص القوانين العضوية فيما جاوزت فيه الحدود التي رسمها الدستور لها، ولكنه يحد تركيبتها وتصنيفها كي يدمجها في إطار القوانين العادية أو العضوية، وفق النطاق الذي حدده الدستور لكل منها (٣).

(١) C.C. 70- 40 D.C., 9 juillet, 1970, R.p. 25

(٢) C.C. 86 -217 D.C., 18 sep. 1986, R.p. 141

(٣) C.C. 75- 63 D.C., 28 janv. 1976. R.p. 141

الفرع الثاني

الرقابة القضائية المسابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها

٣١٢- وفيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها، فإن، الفصل في دستوريته يتم وفقاً للفترة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وذلك بإحالتها إلى المجلس الدستوري من رئيس الجمهورية، أو من رئيس مجلس الوزراء، أو من رئيس الجمعية الوطنية، أو من رئيس مجلس الشيوخ.

وقد لوحظ أنه فيما عدا رئيس مجلس الشيوخ، فإن كلا من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية، لا مصلحة لهم في الطعن بعدم دستورية قانون هم صانعوه، أو أسهموا فيه بشكل أو بآخر.

ومن ثم ظل طريق الطعن في القوانين العادية شبه مغلق، إلى أن عدل دستور ١٩٥٨ في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ بما يحول ستين نائباً أو ستين شيخاً، للحق في الطعن بعدم دستورية هذه القوانين أمام المجلس^(١).

وهو ما كلل للمعارضة فرصة المنازعة في تلك القوانين، سواء من جهة متطلباتها الشكلية أو من جهة محتواها^(٢).

ولا يقبل المجلس هذه الطعون البرلمانية، إلا بعد الاستيثاق من عدد الأعضاء الموقعين عليها وصحة توقيعاتهم. فإن كان الموقعون على الطعن أقل من ستين نائباً أو ستين شيخاً، أو كان الموقعون ستين عضواً برلمانياً نصفهم من الجمعية الوطنية، وباقيهم من مجلس الشيوخ، فإن الطعن للمقدم منهم لا يكون مقبولاً. ولا يجوز بالتالي أن تطعن السلطة القضائية ولا الأفراد في دستورية القوانين العادية قبل إصدارها، ما لم يحل الدستور ليكمل لهم هذا الحق.

(١)، (٢) وللاحظ أن تحويل ستين نائباً أو ستين شيخاً حق الطعن بعدم دستورية قانون قبل إصداره قد تقرر بعد أن خاض رئيس الجمهورية جوسكار ديسكان انتخابات صعبة. فأراد أن يقدم للمعارضة بمبادرة طيبة تفوقها الوسائل الدستورية التي تنازع بها في السياسة التشريعية للحكومة. فضلاً عن تأكيد ضرورة ضمان حقوق المواطنين وحرياتهم بطريقة أفضل حتى لا تتحكم فيها الأغلبية البرلمانية.

ولأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا -سواء في صورتها الاختيارية التي يكون موضوعها قانونا عاديا أم في صورتها الوجوبية التي تتعلق بالقوانين العضوية- هي رقابة متتابعة على العمل بالقانون، فإن منطها، هو القانون قبل إصداره^(١).

وذلك سمة يتميز بها النظام الفرنسي الذي يلظر إلى رقابة على دستورية القوانين من جهة التركيز على طبيعتها الوقائية التي تحول دون إصدار قوانين مخالفة للدستور.

وهو ما يجعل فرصة الطعن في القوانين العادية قصيرة للغاية. ذلك أن ميعاد الطعن فيها لا يجوز إلا خلال الفترة الزمنية الواقعة بين إقرار القانون بصفة نهائية، وقبل أن يصدره رئيس الجمهورية خلال الفترة التي حددتها المادة العاشرة من الدستور، وأقصاها ١٥ يوما^(٢) بما يخول رئيس الجمهورية أن يجهض كل طعن يتعلق بدستورية القانون، إذا أصدره مباشرة بعد موافقة البرلمان نهائيا على أحكامه.

ولكن الذي يقع عملا هو أن يعطي رئيس الجمهورية للأعضاء من الجهات التي خولها الدستور حق الطعن بعدم دستورية القانون، فسحة من الوقت تبأشر فيها هذا الحق، خاصة إذا أصبح ذووه أو بعضهم، عن رغبتهم في مخاصمة القانون بعد إقراره.

وما يقترحه البعض من ضرورة أن يفرض المجلس رقابته -لا على القوانين بعد إقرارها- بل على مشروعاتها قبل مناقشتها برلمانيا، حتى يصمم هذا المجلس مسلفا المسائل الدستورية المتصلة بها، كي تركز السلطة التشريعية جهودها على النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لتشريعاتها ولا تبعد وقتها في بحث مشكلاتها الدستورية؛ مردود بأن الرقابة القضائية السابقة، لا تتعلق بغير القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية بصورة نهائية. ولا كذلك مشروعاتها التي لا تزال تتألفها وتجل بصرها فيها لأنها قد تعرضها، فلا يكون لها من وجود. وقد تعللها بما يغير من الصورة التي كانت عليها وقت تقديمها. فإذا راقبها المجلس قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قرارا نهائيا فيها، فإنه يكون قد تدخل في سلطة التقرير التي تملكها، وأخل بالتوازن بين نصوص

(١) تتعلق الرقابة الوجوبية للمجلس الدستوري الفرنسي بالقوانين العضوية التي منعد إلى شرحها.

(٢) تنص المادة العاشرة من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال

الخمس عشرة يوما التالية لإحالة القانون إلى الحكومة بعد الموافقة النهائية للبرلمان عليه.

مشروع القانون، وربطها بالطريقة التي يراها، وكأنه ينظم أفكار السلطة التشريعية ويبسط سيطرته عليها.

كذلك فإن من المفترض في كل مشروع قانون -وعلا بنص المادة ٣٩ من الدستور الفرنسي- أن يناقش بمجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة فيه^(١) والبرلمان وحده هو المختص بتقرير ما يراه في هذا المشروع قبولاً أو رفضاً أو تعديلاً. ولا تمل سلطة مسواه في ذلك.

والرقابة السابقة التي يباشرها المجلس في شأن القوانين العادية قبل إصدارها، يكفي تحريكها أن يقدم الطعن من إحدى الجهات التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وأن يفرغ طلبها في كتاب موجه إلى رئيس المجلس الدستوري.

فإذا كان الطعن مقبلاً من مستن تلقياً أو من مستن شيخاً، فليس شرطاً أن يقدم هؤلاء أولئك طلباً واحداً بالطعن يوقعون جميعهم عليه Conjointement بل يجوز أن يقدموا به منفردين Individuellement على أن تتعلق طعونهم الفردية بذات القانون^(٢). فإذا قدم الطلب من أحد الأفراد كان غير مقبول^(٣).

كذلك ليس شرطاً أن يبين الطعن أسبابه بصورة تفصيلية، ولا أن يكون معززاً بدعائها القانونية، وأن دل العمل على أن الذين يقدمون طعونهم إلى المجلس، يسهبون عادة في شرحها، وفي بيان حججها، والأسس التي تقوم عليها، ويفصلون بالتالي أوجه عوارها واحداً بعد الآخر حتى يحيطوا بها. وقد حرضهم على ذلك أن طعونهم هذه تنشر في الجريدة الرسمية وكان عليهم بالتالي للتكامل على جديتهم فيها من خلال عرضها بطريقة مفصلة متكامل بها براهينها^(٤).

(١) وأولى من الاقتراح الذي يدعو المجلس الدستوري الفرنسي إلى النظر في مشروع القانون قبل أن يناقشه البرلمان لتحديد حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي يفرمها هذا المشروع، أن يأخذ هذا المجلس بالرقابة اللاحقة مقبلاً هو الحال في كثير من الدول.

(٢) Decisión mo. 59- 1, D. C. du 14-mai 1959, Rec., 1958- 59 p. 57.

(٣) Decision mo. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٤) في خطاب من رئيس مجلس الشيوخ إلى رئيس المجلس الدستوري يطن فيه على قانون يمس حرية تكوين الجمعيات، أكتفى رئيس مجلس الشيوخ بالقول بأنه يرضى هذا القانون على المجلس للفصل في دستوريته.

وأيا كان الشكل الذى تفرغ فيه الطعون، فإن المجلس لا يلتزم بالرد على كل وجه من أوجه العوار التى نسبها الطاعنون إلى النصوص التى يدعون مخالفتها للمستور.

وإنه كذلك أن يقيم ثمره بطلانها، على غير الدعاوى التى تمسك الطاعنون بها، وأن يفصل فى دستورية نصوص قانونية غير التى طرحوها، سواء كان هذا الفصل داعماً لوجهة نظر الطاعنين، أو منتهياً إلى ما يناقضها.

وفي كل حال، يحدد المجلس -وصفة مبدئية- مضمون القانون فى جملة أحكامه، كي يفصل على ضوء هذا المضمون، فى صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها.

المبحث الثاني

خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا

٣١٤- ومواء كانت الرقابة التي يباشرها المجلس في شأن القوانين قبل إصدارها، وجوبية أو جوازية، فإنها تنقسم بالخصائص الآتية:

أولاً: أن محلها كل قانون أقره البرلمان بصفة نهائية ولم يصدر بعد^(١).

Non encore promulguée, mais définitivement adopté par le parlement.

فلا يصلح المجلس في دستورية نصوص قانونية لم يقرها البرلمان بمجلسيه بالصيغة ذاتها، ولو كان موضوع القانون على كبر قدر من الأهمية، كالقوانين المالية، وقوانين التصديق على المعاهدة الدولية^(٢)، فإذا كان الاقتراع على أحدهما أو كليهما لم يتم، أو كان الطعن قد تعلق بنصوص قانونية حذفها البرلمان، كان الطعن غير مقبول.

فإذا صدر القانون، فلا يجوز الفصل في دستوريته بطريق الدفع الفرعي^(٣) Pare voie d' exception، ولا تقديم آراء استشارية في شأن هذا القانون للجهة التي تطلبها^(٤).

ثانياً: لا يستتبع الفصل في دستورية القوانين للمنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي -وهي القوانين العضوية والقوانين العادية- النظر في مطابقتها أو مخالفتها لمعاهدة دولية دخلت فرنسا فيها.

ثالثاً: وتظل الرقابة القضائية المعمول بها في فرنسا رقابة سابقة Apriori ووقائية Preventif فلا تتعلق بغير القوانين التي لم تصدر لها كان موضوعها^(٥).

(١) Decision no. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٢) Decision no. 89- 268 D.C., du 29 dec. 1989, R.p., 110.

(٣) Decision no. 78- 96 D.C. du 27 juil. 1978, Rec., 1978, P. 28.

(٤) Decision no. 80- 113 D.C. du 14 mai, 1980, Rec., 1980, P. 61.

(٥) C.C. 78- 76, D.C., juil 1978, R.P. 29.

ولا يفصل المجلس بالتالى -سواء بطريق مباشر أو غير مباشر- فى دستورية قانون بعد صدوره. إلا أن ذلك المجلس أصدر قرارا فى ١٩٨٥/١/٢٥ عدل به عن موقفه السابق بصورة جزئية، وفى الحدود التى نص عليها هذا القرار.

فقد أقال المجلس بمقتضى ذلك القرار، صلة من نوع ما بين القوانين التى يدخل نظرها دستوريته فى ولايته -وهى القوانين التى لم تصدر بعد- وبين القوانين التى لا يختص بالفصل فى دستوريته، وهى القوانين المعمول بها. ويتحقق هذه الصلة، كلما كان القانون الذى لم يصدر بعد، قد عدل من أحكام قانون قائم أو اكملها أو غير من نطاق تطبيقها، ولم يقتصر على مجرد تنفيذها، فى هذه الحدود يباشر المجلس رقابته على القانون القائم المعمول به^(١).

وفى ذلك يقول المجلس:

Si la régularité au regard de la constitution d' une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l' occasion de l' examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectuent son domaine, il ne saurait en être de même lorsque il s' agit de simple mise en application d' une telle loi.

وبذلك ينظر المجلس فى دستورية قانون معمول به، إذا أقال إليه قانون لم يصدر بعد يتولى المجلس الفصل فى دستوريته؛ بشرط أن يكون هذا القانون معدلا أو مكملا أو مؤثرا فى مجال تطبيق القانون الأول، ولا يقتصر على مجرد تنفيذه^(٢).

وقد انتقد أحد الفقهاء عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذه" قائلا بأن القانون المعمول به قد يخل بضمانة دستورية تتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم. فإذا أنفذ أحكامه قانون مطعون فيه لم يصدر بعد، فلم لا تدخل هذه الصورة كذلك فى نطاق الرقابة التى يفرضها المجلس على القانون القائم^(٣).

(١) C.C., 85- 187 D.C., 25 janu 1985, R.p. 43.

(٢) François Luchaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica 1987, p. 61.

يقول هذا الفقيه، وعضو المجلس الدستوري السابق، أن هذه الأحوال الثلاث التى تتعلق بتعديل قانون لم يصدر بعد لقانون قائم، أو تكمله لهذا القانون، أو تأثيره فى مجال تطبيقه، لا تضيق من نطاق المبدأ الجديد لأنها تتسع لأغلب الصور التى يمكن أن تقع فى العمل.

(٣) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 4 e édition, p. 189.

ولما كان الأمر، فإن الذين من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٥ يوليو ١٩٨٩ أن المجلس أسقط من حيثياته عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذ" ١١.

فهل تعدد المجلس إسقاطها لتشمل رقابته القوانين المعمول بها التي يطبقها Appliquer أو يعدلها Modifier، أو يكملها Compléter أو يؤثر في نطاق سرياتها Affecter le domaine قانون لم يصدر بعد يفصل المجلس في دستوريته ١١... أم أن إسقاطها كان سهواً ١١... ؟

أن ما أراه صواباً في ذلك، هو أن المحاكم جميعها، قد عدل عن مبدأ سابق لها بطريقة هادئة. وهو ما اعتقد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قصد إليه.

رابعاً: أن اختصاص المجلس بمراقبة دستورية القوانين العضوية والعادية قبل إقرارها، كفل تقييد السيادة البرلمانية التي لا يجوز إغاؤها من الخضوع للدستور.

وقد كان نص المادة ٦١ المشار إليها، ثمرة تطور تاريخي عميق الجذور، تمثل في حرص رجال الثورة على رفض تدخل المحاكم في القوانين التي تعارض تطبيقها حتى لا تعزل أعمال الثورة أو إصلاحاتها، فحظروا عليها نظر دستورية القوانين^(١) وكان القضاء الذين يعارضون القانون، يعتبرون مذنبين بجريمة الغدر^(٢).

وقد رفض القضاء الفرنسيون على نقيض زملائهم الأمريكيين - الفصل في دستورية القوانين، وأبنتهم في ذلك محكمة النقض نفسها، على تقدير أن البرلمان لا يعبر إلا عن السيادة الشعبية التي لا تجوز مناقشتها، وأن ذلك هو ما تنص عليه المادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن^(٣).

(١) انظر في ذلك المادة ٣ من دستور ١٩٩١/٩/٢، وللمادة ٢٠٣ من دستور الجمهورية الثالثة.

(٢) دعا الدكتور مير تافو في مجموعته على المحكمة الدستورية العليا، إلى محاكمة قضاتها بجريمة الكدر التي تنال أركانها في نظره بسبب إبطالهم بعض قوانين السلطة التشريعية المخالفة للدستور ١١.

(٣) توجد استثناءات قليلة على قضاء محكمة النقض الفرنسية. من بينها قضاء الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٣/١٥ و ١١/١١/١٨٥١.

بيد أن هذه النصوص الحائلة دون تدخل القضاء في أعمال السلطة التشريعية، لم تمنعهم من مراقبة السلطة التنفيذية في قراراتها للتحقق من مشروعيتها. كذلك لم يكن امتناعهم عن تطبيق القانون المناقض للدستور، غير إعمال لوظائفهم القضائية التي تسلك القواعد القانونية في مدارج مختلفة، يأتي الدستور في أمتها.

خامساً: أن القوانين العضوية واللوائح البرلمانية -بما في ذلك لوائح مجلس البرلمان- مبيّعة في شكل مؤتمر -تعتبر بقوة الدستور، مطروحة على المجلس للنظر في دستورتها^(١). ولكن المجلس لا يتدخل في القوانين العادية إلا من خلال طعن يقدم إليه بشأنها.

ولم يكن تحويل حق الطعن في هذه القوانين لستين نائباً أو ستين شيخاً مقروراً أصلاً في دستور ١٩٥٨ وقت صدوره. ثم عدل هذا الدستور في ١٠/٢٩/١٩٧٤ ليكفل لهم هذا الحق بقصد تقوية المعارضة البرلمانية، وتأكيد حقها على الاعتراض على القوانين العادية التي يقرها البرلمان بالمخالفة للدستور^(٢).

سادساً: أن نص المادة ٦١ من الدستور لا يخول المجلس سلطة تقدير وتقرير مسائل تلك التي يحوزها البرلمان، ولكنها تخوله فقط أن ينظر في دستورية القوانين التي تحال إليه وهو مسأ قراره في ١٥ يناير ١٩٧٥ قتل:

L'article 61 de la constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du parlement, mais lui donne seulement compétence pour ce prononcer sur la conformité à la constitution des lois déferées à son examen.

سابعاً: لا تشمل الرقابة القضائية للمجلس، الأوامر المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور التي تجيز فترتها الأولى للحكومة -ومن أجل تنفيذ برامجه- أن تطلب من البرلمان الترخيص لها بأن تصدر أوامر تتخذ بها خلال مدة محددة -تدابير تدخل بطبيعتها في منطقة القانون. وتنص فقرتها الثانية على أن تصدر هذه الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس

(١) قضى المجلس الدستوري الفرنسي بإبطال لائحة برلمانية قررت المسؤولية الوزارية في غير الحدود التي نص عليها الدستور، انظر في ذلك قراره في ٢ يونيو ١٩٧٩.

(٢) يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس البرلمان بالاطن المقدم في القوانين العادية، وذلك حتى يتمكنوا من التدخل في الخصومة الدستورية.

الدولة، وتتخذ اعتباراً من تاريخ نشرها. وتقول قوتها إذا لم يودع بالبرلمان مشروع قانون التصديق عليها قبل انتهاء مدة التفويض Avant la date fixée par la loi d'habilitation.

وعلا بفقرتها الثالثة لا يجوز بعد انتهاء مدة التفويض المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة تعديل هذه الأوامر في مجالاتها التشريعية - بغير قانون^(١).

وتعليقاً على نص المادة يقول François Luchaire^(٢) بأن الترخيص بإصدار الأوامر وفقاً لحكمها، لا يجوز أن يتم بمبادرة من البرلمان. بل يتعين أن تطلبه الحكومة في شكل مشروع قانون بالتفويض يودع من قبلها في البرلمان.

وتنقل هذه الأوامر - وإلى ما قبل التصديق عليها من البرلمان - عملاً حكومياً، متخذاً شكل قراراتها الإدارية التي يجوز الطعن عليها أمام مجلس الدولة بمجاوزة السلطة ولا تتغير طبيعتها هذه بمجرد إيداع قانون التصديق عليها بالبرلمان. ذلك أن هذا الإيداع وإن احتفظ لتلك الأوامر بقوة نفاذها، إلا أن شكلها اللاتحي يظل قائماً Un acte de forme réglementaire.

فإذا ما صدق البرلمان عليها - صراحة أو ضمناً - فإن هذه الأوامر تصبح عملاً تشريعياً، Acte législative، فلا يجوز الطعن عليها منذ هذا التصديق بمجاوزة السلطة^(٣).

ذلك أن تلك الأوامر وإن اعتبرت نافذة بمجرد نشرها وطوال فترة سريان القانون المرخص بها، إلا أن مناط استمرار تطبيقها بعد انقضاء فترة التفويض، هو أن يصدر قانون بالتصديق عليها. ويكفي مجرد إيداع مشروع قانون التصديق عليها في البرلمان قبل انتهاء مدة التفويض حتى تحتفظ هذه الأوامر بقوتها.

وقد لا يتدخل البرلمان على الإطلاق لإقرار قانون التصديق، وعلى الأخص إذا لم تكن الحكومة راعية في أن يناقش البرلمان الأوامر التي أصدرتها بالنظر إلى سوء وقعها على مواطنيها.

(١) C.C. 85- 196 D.C., 8 août 1985. R.P. 63.

(٢) Luchaire, commentaire à l'article 38 de la constitution, in, la constitution de la République Française, 2 édition. Economica, p.p. 795- 799.

(٣) C.E. 19 dec. 1969, R.P. 593.

وتلحقاً لتراخى البرلمان في إقرار قانون التصديق -وهو محل الرقابة القضائية للمستوربة- قرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن التصديق على هذه الأوامر يعتبر قد تم، ولو كان البرلمان قد أقر قانون التصديق بطريقة ضمنية عبر بها بوضوح عن إرادة التصديق على تلك الأوامر، كما لو عدل البرلمان بعض المواد التي صدر بها الأمر، إذ يفيد هذا التعديل قبوله بها، والتصديق حتماً عليها بالتالي. وفي ذلك يقول المجلس^(١):

La ratification peut resulter d'une mainfestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le parlement

وعلى ضوء ما تقدم لا يباشر المجلس الدستوري رقابة (إلا على قانون التصديق على الأوامر المشار إليها).

فإذا لم يصدر هذا القانون -ولو ضمناً- فلا شأن لرقابته بتلك الأوامر.

أما إذا صدر ذلك القانون، وكان مخالفاً للدستور، فإن إبطال قانون التصديق، يبال من الأوامر المصادق عليها، ويجعلها في حكم الأوامر التي لم يلحقها تصديق برلماني، ليدخل إبطالها في اختصاص مجلس الدولة بوصفها عملاً إدارياً^(٢).

^(١) C.C. 86- 224 D.C., 23 janv. 1987, R.P. 8.

^(٢) Lauchaire, Commentaire à l'article 61 la constitution, in la constitution de la Republic Française, Economica, 2 édition, p. 1117.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها

٣١٥- كانت هذه الرقابة اختيارية في مشروع دستور ١٩٥٨. ثم صار أمر الفصل في دستوريته قبل تطبيقها - وعلى ضوء الصيغة النهائية للدستور - وجوباً.

بيد أن خضوعها للرقابة القضائية الجبرية قبل تطبيقها، لا يعطى مباشرة هذه الرقابة في شأنها بصفة تلقائية. ذلك أن تحريكها لا يكون إلا من خلال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ اللذين فوضهما الدستور في ذلك الاختصاص، فلا يترخصان إلا في اختيار وقت عرضها للمراجعة القضائية، وإن كان تأخرهما في عرضها مؤثراً بالضرورة تأخر تطبيقها. ذلك أن اللوائح البرلمانية - على ما تنص عليه المادة ٦١ من الدستور - لا يجوز تطبيقها قبل الفصل في دستوريته.

وفي تطبيق نص المادة ٦١ المشار إليها، يقصد باللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن كل من الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ في نطاق التنظيم الداخلي لشئونهما، كالقواعد التي يقرانها في شأن كيفية إدارة الحوار في جلستهما، وحقوق أعضائهما في مجال توجيه الأسئلة إلى الوزراء واستجوابهم ومساءلتهم، وغير ذلك من شئون الأعضاء كتأديبهم. ولا يدخل في نطاق اللوائح البرلمانية، الضوابط التوجيهية التي لا تظهر فيها، والتي يقصد بها مجرد تنظيم أسلوب العمل في اللجان البرلمانية.

ذلك أن مناط المراجعة القضائية لتلك اللوائح هو صدورها فعلاً عن الجمعية الوطنية، أو مجلس الشيوخ. Le règlement adopté par l'une ou l'autre assemblée. ويترجم كذلك في مفهوم اللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن هاتين الجمعيتين منعنتين في شكل مؤتمر للنظر في مراجعة الدستور^(١).

وسواء تعلق الأمر باللوائح البرلمانية الصادرة عن أحد المجمعين التشريعيين، أو عنهما معاً منعنتين في شكل مؤتمر، فإن الرقابة القضائية على دستوريتهما، تنقسم بصيرمتها ويقظتها. ذلك أن

(١) C.C. 63- 24 D.D., 20 dec. 1963, R.p. 16.

المجلس الدستوري يتحقق من مطابقتها ليس فقط لكل قاعدة ذات قيمة دستورية L'ensemble des elements composant le bloc de constitutionnalité وإنما كذلك القوانين العضوية^(١) وللتدابير التشريعية التي تتخذ وفقا للفقرة الأولى من المادة ٩٢ من الدستور^(٢).

Les mesures legislatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'art. 96 de la constitution.

ليس هذا فقط، بل إن اللائحة البرلمانية التي يقضى بمخالفتها للدستور، يتعين أن تُعَدّ شيئا غنيا للجمعية التي أصدرتها، سواء كانت هي الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ، أخذه في اعتباره مضمون قرار بطلانها لمخالفتها للدستور.

وعلى رئيسها أن يعرض مشروع اللائحة في صورتها الجديدة مرة ثانية للمراجعة القضائية^(٣).

وسواء أبطل المجلس الدستوري اللائحة الجديدة أو وجه البرلمانين إلى طرائق تطبيقها^(٤)، فإنهم يتقيدون بقرار المجلس رغم إيمانهم بأن اللوائح البرلمانية لا تنظم غير شؤونهم الداخلية التي يفترض استقلالهم بها.

والرجوع إلى قضاء المجلس في شأن اللوائح البرلمانية فصلا في دستوريتهما، يدل على حرصه -في إطار سياسته القضائية La politique jurisprudentielle- على صون حقوق البرلمانين في مواجهة الحكومة؛ وضمان استيانتها قبلهم. ولم يقل للمجلس بالتالي، محاولة البرلمانين تخويل أنفسهم مزايأ حرمهم للدستور منها. أو تقرير اختصاص لهم بجواز الحدود التي أذن الدستور لهم بها. كتمسحهم من اختصاصات لجان التحقيق والمراقبة البرلمانية^(٥).

(١) C.C. 59- 2 D. C., 24 juin 1959, R.p. 58; C.C. 59- 3 D.C., 24 et 25 juin 1959, R.p. 61; C.C. 61-19. D.C., 31 juil. 1962, R.p. 19; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٢) C.C. 8 juil 1966 R.p. 15.

يلاحظ أن التدابير التشريعية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٩٢ هي اللازمة لسير المؤسسات لتكوينها من مباشرة وظائفها، وتتخذ هذه التدابير في مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس الدولة، وتصدر هذه التدابير براسم تكون لها قوة القانون.

(٣) C.C. 59- 4 D.C., 24 juil 1959 R.p. 63.

(٤) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1959 R.p. 15.

(٥) C.C. 66- 28 D.C., 8 juil 1966, R.p. 15; C.C. 72- 48 D.C. 28 juin 1972, R.p. 17.

Commissions d'enquête et de contrôle ومساءلتهم الحكومة في غير الأحوال المنصوص عليها في الدستور^(١). أو تقيدها بزمان محين تكلى فيه ببيان^(٢)، أو إلزامها بأولوياتهم التسيي يحدون بها المسائل التي يناقشونها في جلساتهم^(٣).

وكما قاوم المجلس محاولة البرلمانين الانقضاض على حقوق الحكومة وامتيازاتها قبلهم، فقد حرص بالقوة ذاتها على إجهاض كل محاولة للحكومة تتوخى بها خفض الوظيفة البرلمانية بما يزيد من قسوة القيود التي فرضها الدستور عليها. وفي هذا الإطار كفل المجلس للبرلمانيين الحق في تكوين تجمعاتهم السياسية لدخل البرلمان^(٤)، وحفظ الطبيعة الشخصية لأصواتهم^(٥)، وصان لهم الحق في تعديل لوائحهم على نحو يمكنهم من أداء أعمالهم البرلمانية بطريق الفضل^(٦). فبلا تمنعهم الحكومة بالمخالفة لنص المادة ٤٤ من الدستور، من تعديل مشروع القانون المعروض عليهم^(٧) ولا يقيد البرلمانيون حق رئيس الجمهورية في الدخول في معاهدة دولية والتصديق عليها؛ ولا حق الحكومة في توجيه سياستها القومية وتصريفها.

ولم يحد صحيحاً اليوم ما كان يقال من قبل من أن أثر اللوائح البرلمانية على تسيير الشؤون السياسية، يفوق أثر الدستور في توجيهها^(٨).

ذلك أن المجلس يخضعها لرقابته الصارمة لضمان تقيدها بالدستور، وهو يشكل بذلك صورة للعمل البرلماني يكون بها منطقياً.

(١) C.C. 59- 2 D.C., 17, 18, 24 juin 1959. R.p.p. 58 et 61; C.C. 59- 37 D.C. 20 nov 1969, R.p. 15.

(٢) C.C. 72- 48 D.C., 28 juin 1972, R.p. 17; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٣) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1969, R.p. 15.

(٤) C.C. 71- 72 D.C., 18 mai 1971, R.p. 15.

(٥) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov. 1969, R.p. 15.

(٦) C.C. 88- 245 D.C., 18 oct 1988, R.p. 153.

(٧) C.C. 90- 278 D.C., 7 nov 1990, R.p. 19.

(٨) Eugène Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902, no 445.

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية

٣١٦- يتكون البرلمان في فرنسا من كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. وهما مجلسان تشريعيان يتخذان أحياناً في شكل مؤتمر بجمعها للنظر في تعديل الدستور.

وكان لكل من هذين المجلسين -إلى ما قبل العمل بدستور ١٩٥٨- الحق في أن يفصل منفرداً في صحة عضوية أعضائه، وأن يقرر بالتالي بطلانها أو ثبوتها، لا بناء على ضوابط قانونية موحدة لا نزاع فيها، وإنما وفق معايير تغلفها السياسة بأهوائها وتقرضها متطلباتها.

ولم تكن هذه المعايير غير شكل من أشكال الرقابة الداخلية التي تفرضها السلطة التشريعية على نفسها. ويتأثرها بوسائلها، لتقرر على ضوءها من يعتبرون من أعضائها وفق مقاييسها الشخصية ودوافعها المستترة التي تظهر بها ليس فقط أنصارها؛ بل كذلك خصومها إذا أعوزتها الحاجة إليهم حتى تستطعهم إلى جانبها، فلا يصوتون لغير الأغلبية البرلمانية تنفيذاً من جهتهم لاتفاقاتهم الجانبية معها؛ وإعمالاً لتسوية ارتضوها جمعهم بها فيما وراء الكواليس، فلا تكون إلا صفة غير معلنة تنهزم بها القوم، وتطو معها المصالح للنفعة على ما سواها، بما يحور إرادة هيئة الناخبين.

٣١٧- ولأن معايير كل من هذين المجلسين في الفصل في صحة عضوية أعضائهم تحكمها وتوجهها العوامل السياسية -تتدرج المصالح الحزبية تحتها- فقد كان منطقياً أن تعارض تطبيقاتها حتى في حالتين متماثلتين بالنظر إلى أهمية العضو المطعون في صحة عضويته.

وتلك جميعها مأخذ خطيرة على الفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية. وقد تجنبها بمتكرر ١٩٥٨ بما نص عليه في المادة ٥٩ من اختصاص المجلس الدستوري دون غيره، بالفصل في صحة عضوية أعضاء البرلمان إذا أثير نزاع بشأنها.

Le conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

٣١٨- ولم يعهد دستور ١٩٥٨ لمجلس الدولة الفرنسي بولاية الفصل في العضوية بالنظر إلى الطبيعة السياسية التي تغشاها، ولأن البرلمان ما كان ليقبل برقابة على صحة العضوية البرلمانية يتولاها مجلس الدولة الذي ساء ظن البرلمان به منذ الحقبة الدابوليونية.

وينبغي أن يلاحظ في شأن الرقابة القضائية التي يفرضها المجلس الدستوري على الطعون الانتخابية البرلمانية، ما يأتي:

أولاً: أن المجلس لا يباشر هذه الولاية إلا بعد انتهاء العملية الانتخابية البرلمانية بولس قبلها. وهو لا يتدخل في شأن يتعلق بها إلا إذا توزع في صحتها.

بما يفاير بين حدود ولايته هذه، والولاية التي كان يباشرها البرلمان في شأن العضوية قبل صدور دستور ١٩٥٨. إذ كان لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اختصاص الفصل بقوة القانون في العملية الانتخابية التي تنطق به بأكمل أجزائها، وبالنسبة إلى أعضائه جميعهم، ولو لم يجر نزاع في شأنها.

ثانياً: أن المجلس لا يفصل في صحة العضوية إلا إذا قدم طعن بشأنها من أحد الناخبين أو أحد المرشحين.

Le Conseil ne peut être saisi que par un électeur ou par une personne ayant fait acte de candidature.

على أن يكون مفهوماً أن المقدين في جدول الدائرة الانتخابية المطعون في صحة انتخاباتها. يعتبرون ناخبين. ويدخل في إطار المرشحين ليس فقط من قبل طلب ترشيحهم بتسجيله، ولكن كذلك هؤلاء الذين لم تقبل السلطة المختصة طلبهم بالترشيح حتى يتسنى لهم طرح قرار هذه السلطة. ولا يعتبر مرشحاً من لم يملأ أوراق الترشيح بعد حصوله عليها من السلطة المختصة^(١).

ثالثاً: لا يجوز أن يفصل المجلس في طعون غير مستوفية لشكلتها. وهي تكون كذلك إذا لم تكن موقعاً عليها؛ أو كانت لا تعرض وقائعها بصورة كافية، أو تجهل بأسبابها^(٢)، أو كان

(١) C.C. 22- mars 1973, R.p. 59; C.C. 26 Juillet 1968, R.p. 34; C.C. 7 Nov. 1968, R.p//14;

C.C. 13 Nov 1970, R.p. 51; C.C. 12 Dec 1958, R.p; 82. C.C. 13 dec. 1970 R.p. 51.

(٢) C.C. 88- 1121, 13 juil, 1988. R.p. 118; C.C. 88 -1053. 13 juil. 1988, R.p. 103.

موضوعها لا يقتصر على الطعن في صحة العضوية البرلمانية، ويتعين بالتالي أن يقدم الطعن بأكبر قدر من التحديد حتى لا ينصرف إلى الطعن في العملية الانتخابية بأكملها، أو إلى الشيوخ جميعهم، أو إلى نتيجة الاقتراع في مدينة بأكملها^(١).

رابعاً: أن الطعن لا يكون مقبولاً، ما لم يحدد الطاعن بصورة قاطعة اسم من ينسازع في صحة عضويته من أعضاء البرلمان؛ والدائرة الانتخابية التي أعلن فوزه فيها، وأن يكون مقصده من الطعن، إبطال نتيجتها^(٢). على أن المجلس يقبل الطعن في مشروعة مرسوم الدعوة إلى الاقتراع على المرشحين باعتباره طلباً عارضاً تلعباً لطلب أصلي، هو المنازعة في فوز عضو في دائرة انتخابية بذاتها^(٣).

خامساً: لا ينظر المجلس في غير الطعون التي تودع طلباتها خلال مهلة الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة الانتخاب، وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٥٨. ولا تقبل بالتالي الطعون الانتخابية التي تودع قبل بدء مريان هذا الموعد.

سادساً: وفي الحدود المتقيد ببياناتها، يختص المجلس بالفصل النهائي في كل غشيل يشوب العملية الانتخابية في كافة مراحلها، ولو كان الفصل في صحة مرحلة منها، مما يدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى.

Le Conseil peut trouver des irrégularités dans toutes les opérations conduisant à l'élection, même si ces opérations peuvent faire l'objet d'autres recours.

ومن ثم يفصل المجلس نهائياً في كافة التكاثير المؤثرة في العملية الانتخابية حتى مع التسليم بأن للسلطة القضائية اختصاص للفصل في صحة التقيد بالجدول الانتخابية. ذلك أن تحويل هذه الجداول، يؤدي بالمجلس إلى إبطال العملية الانتخابية ذاتها. وتطبق هذه القاعدة نفسها بالنسبة إلى اختصاص المحكمة الإدارية بالفصل في كل غشال ينطرق إلى عملية تسجيل المرشحين. نللك أن قرارات المحكمة الإدارية في هذا الشأن، يجوز استئنافها أمام المجلس الدستوري^(٤).

(١) C.C. 88- 1038, 13 juil 1986, R.p. 96; C.C. 27 avril 1978, R.p. 59.

(٢) C.C. 24 mai 1963, R.p. 78; C.C. 17 mai 1978, R.p. 88; C.C. 8 Janv. 1963, R.p. 41.

(٣) C.C. 88- 1030, 21 juin 1988, R.p. 80.

(٤) C.C. 2 Juin. 1967, 11 Juillet 1967 et 27 Janv. 1972.

ذلك أن المجلس يفصل بموجب المادة ٤٤ من الأمر الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ - في كافة شؤون العملية الانتخابية التي لها صلة بالطعن، وكذلك في الدفوع المتعلقة بها. وهو بذلك القاضي الوحيد في هذه الشؤون، وفقاً للنص ٥٩ من الدستور^(١).

ولأن المجلس يفصل في هذه الطعون - وعلى ما تنص عليه المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ - بما يحيط بكل مسائلها ودفوعها؛ فإن مفهوم المسائل الأولية التي تحيلها جهة قضائية إلى غيرها، وتتركب حكمها فيها، لا يتحقق في الطعون الانتخابية التي يختص المجلس دون غيره بالفصل في كافة جوانبها.

ومع ذلك أخرج المجلس من ولايته، نوعين من الدفوع^(٢).

* دافع يوجهها طاعن إلى قانون قائم أثر في العملية الانتخابية، ويتوخى بها إبطال هذا القانون لمخالفته للدستور. ذلك أن المجلس يتقيد بالقانون المعمول به أياً كان محتواه. ويؤسس المجلس ذلك على أنه يفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية، باعتباره قاضياً، وليس قاضياً للفصل في دستورية القوانين عن طريق دفع فرعى يوجه إليها Par voie d' exception. وكان أولى بالمجلس أن يفصل في دستورية كل قانون يؤثر في سير العملية الانتخابية، وأن يستند في ذلك إلى المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ التي تخول المجلس ولاية النظر في كافة المسائل والدفوع التي ترتبط بالطعن.

(١) طبقاً لهذه المادة: يفصل المجلس الدستوري الفرنسي - في حالة المنازعة - في المسور المنظم للانتخابات اللواب والشيوخ.

(٢) C.C. 88- 1046. 21 oct 1988. R.p. 161.

هذا وينتقد Dominique Rousseau هذا الاتجاه ويقرر أنه كان أولى بالمجلس أن يفصل في دستورية القوانين التي يطعن عليها بطريق الدفع إذا كان لها من أثر على سير العملية الانتخابية، وفي يركز في ذلك إلى نص المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ التي تخول المجلس النظر في كافة المسائل والدفوع التي ترتبط بالطعن. ص ٢٩٩ من المرجع السابق.

* دفع غايتها الطعن في أثر تدخل رئيس الجمهورية في تحويل نتيجة العملية الانتخابية بعد انتهائها. وكان يجب على المجلس أن ينظر في أثر تدخل رئيس الجمهورية في شؤون العملية الانتخابية، وعلى الأخص من خلال الضغوط التي يكون قد بشرها لصالح أحد المرشحين^(١).

ثامناً: لا يقبل المجلس الطعون الانتخابية التي تقدم بعد انقضاء العشرة أيام التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية^(٢)، ولا الطعون التي تقدم إلى البرلمان. بل يتعين تقديمها إلى أمانة المجلس أو إلى الممثلة. وفيما يتعلق بالأقاليم الواقعة فيما وراء البحار، إلى من يتولى شؤون الحكم فيها.

ويعتبر غير مقبول بالتالي كل طعن يقدم إلى رئيس المجمع الانتخابي لأعضاء مجلس الشيوخ أو إلى رئيس الجمعية الوطنية^(٣).

ولا يجوز بعد انقضاء الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية سوى المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في المادة من الأمر الصادر ١٩٥٨/١١/٧- أن يحور الطاعن من مضمون طعنه الأصلي، وإن جاز أن يفصل أسبابه ويطورها.

تاسعاً: لا يفصل المجلس في غير نزاع يتعلق بصحة عضوية نواب الجمعية الوطنية، أو أعضاء مجلس الشيوخ بما مؤداه:

* إذا تم الانتخاب على دورتين، فإن النزاع حول صحة العملية الانتخابية، لا يجوز أن يقتصر على دورتها الأولى، وإن جاز الطعن على سير العملية الانتخابية في هذه الدورة وصحواً لإبطال ثانيتهما^(٤).

(١) عملاً بنص المادة ٦٨ من الدستور الفرنسي، لا يجوز مساءلة رئيس الجمهورية عن الأعمال التي يأتياها أثناء مباشرة توظيفته، إلا في حالة الخيانة العظمى Qu'en cas de haute trahison وتامصل محكمة العدل العليا La haute cour de justice في هذه المستويات أو تخلفها، فنظر في اختصاص المجلس في الفصل في الطعون الانتخابية تطبيقاً لتوجيه نص المادة ٥٩ من الدستور الفرنسي.

Lauchaire, commentaire à l'article 59 de la Constitution, in la Constitution de la République Française, 2e édition, Economica pp.1101-1106

(٢) C.C. 88 - 1121, 13 Juillet, 1988, R.p. 118.

(٣) C.C. 88 - 1033, 13 Juil. 1988, R.p. 89.

(٤) C.C. 88 - 104, 11/15, 13 Juil. 1988, R.p. 7.

* أن المجلس لا ينصل في نزاع قدم إليه من أحد المرشحين، إذا كان ما يتوخاه هو الحصول على جزء من الأموال التي أنفقها في الحملة الانتخابية بعد حصوله على الحد الأدنى من الأصوات في الدائرة التي خاض لانتخاباتها.

ويقول Luchaire في ذلك، إن قضاء المجلس حول هذه النقطة في طريقه إلى التطور. ذلك أن المجلس نظر في أحيان كثيرة في طعون لا تنفيا تجريح صحة العضوية، ولكنها تقتصر على طلب المرشح إعادة فرز الأصوات في الدائرة الانتخابية التي دخل معركتها، للتحقق من حصوله على ٥% من الأصوات المعبأة فيها، بما يخوله في النهاية حق الحصول على جزء من مصروفاته التي أنفقها خلال الحملة الانتخابية. وفي قرارين أصدرهما المجلس أولهما في الأول من يونيو ١٩٧٣ وثانيهما في ٧ نوفمبر ١٩٨٤، رفض طلبين من هذا القبيل، ملاحظا أن المرشح لم يرم عملية فرز الأصوات خطأ شائها، وهو ما يدل ضمنا على أن المجلس قد ينظر في الطلب إذا وجد هذا الخطأ^(١).

عاشرة: ويحق للمجلس إجراء تحقيق في شأن الكيفية التي أدبرت بها العملية الانتخابية في الدائرة محل الطعن، ويخطر الطاعن وخصمه نتيجة هذا التحقيق، ولهما أن يديبا ملاحظتهما كتابة في شأنه، وخلال ثلاثة أيام من إخطارهما بنتيجة التحقيق، وتنف إجراءات الطعن إذا تخلى الطاعن عن طعنه دون اعتراض من المنطعون عليه. ولا يعتبر نزولا عن الطعن مجرد عدم رد الطاعن على المذكرة التي قدمها المنطعون ضده.

حادى عشر: ليس للطعن في العملية الانتخابية أثر مؤلف Effet suspensif وإنما يظل عضو البرلمان المنازع في صحة عضويته -رأى أن يقرر المجلس الدستوري بطلانها- قائما بوظيفته، وممتثا بكافة الحقوق التي تخولها العضوية إياه. فإذا أبطل المجلس عضويته، تعين إخطار البرلمان بذلك لإجراء مقتضى هذا الإبطال.

ثاني عشر: مؤدى الطبيعة القضائية للطعن في العملية الانتخابية، مواجهة الخصوم في الطعن الانتخابي بعضهم لبعض، وكذلك تكافؤ أسلحتهم، على نحو دخول كلا منهم أن يمثل بمجلم يتولى الدفاع عن موكله كتابة لا شفاها. ومن المفترض في الطعن أن يقدم كتابة إلى المجلس، وأن

(١) Luchaire, ibid, pp.1103.

يكون للعضو المطعون في صحة عضويته، حق الرد على صحيفة الطعن، ولخصمه أن يعقب على رده، وذلك كله خلال المواعيد التي يحددها الأمين العام لهذا المجلس. ولطرفي الطعن، حق الاطلاع على كافة الأوراق التي تتصل بالعملية الانتخابية، بما في ذلك أقوال وزير الداخلية.

ثالث عشر: وببطل المجلس نتيجة العملية الانتخابية أو بصحتها. وهو لا يبطل العملية الانتخابية في أجزائها للمطعون عليها، إلا إذا كان سيرها بالمخالفة للقانون، منتهيا إلى تغيير نتائجها.

وهو بذلك يركز على مصداقيتها *La sincérité du resultat*، أكثر من تركيزه على القرم الخفية التي دارت العملية الانتخابية في إطارها.

وقد حمل ذلك المجلس على أن يضمن قراره الفاصل في الطعن، المآخذ التي ارتأها على العملية الانتخابية، والتي لا يصل مداها إلى حد إبطالها. وهو ما يحى أن تنقل كثيراً من نصوص القانون الانتخابي بخبر جزء، كذلك التي تحظر مجاوزة الدعاية للحدود المنصوص عليها في هذا القانون.

وما إذا كان مقيدا في القوائم الانتخابية^(١). ويفصل المجلس في الطعون الانتخابية البرلمانية **بمراعاة أمرين:**

أولهما: تحديد الأعمال التي رماها الطاعن بالتأثير في العملية الانتخابية.

ثانيهما: تقرير ما إذا كان لهذه الأعمال من الأثر على العملية الانتخابية بما يسوغ إبطالها.

ومن قبيل الأعمال المؤثرة في العملية الانتخابية، طريقة تنظيمها وكيفية إجرائها، بشرط أن يكون عوارها جسيما بما يخل بمصداقيتها، وينال من حق الاقتراع، سواء بالنظر إلى درجة الأهمية التي بلغتها مثابها، أو على ضوء تنوعها، وتحدد صورها.

وعلى الطاعن أن يقيم الدليل على أوجه مخالفة العملية الانتخابية لضوابطها، وإن تعذر عليه أحيانا أن يبرهن بالتحديد الكافي على صور العوار التي أصابها، كافلتل على ما وقع في هذه

(١) C.C. 19 dec. 1968, p.15g.

العملية من ضغوط، وما أحاطها من دعابة كاذبة، أو مشينة وجهها أحد المرشحين لمناصبه حتى يفوز من دونهم.

وليس أمام الطاعن بالتالي، إلا أن يقدم من القرنين، ومن الحقائق الجزئية التي تتضمن إلى بعضها البعض، ما يؤكد دعواه.

المبحث الخامس

الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية

٣١٩- التصديق على المعاهدة عمل تعبر به الدولة عن القبول بأحكامها ولا يكفي لمسويتها في حقها مجرد توقيعها عليها. وإنما يكون التصديق على المعاهدة تأكيداً لتوقيعها وواقعاً في الأجل التي عليها. وبه تدخل المعاهدة في مرحلة التنفيذ.

ويصدق رئيس الجمهورية على المعاهدة -باعتباره مسئولاً عن إدارة الشؤون الخارجية وتوجيهها في مشورتها الأعلى- ولو لم يكن قد تفوض عليها. وهو لا يلتزم بالتصديق عليها ولو كان قد وقعها.

وكثيراً ما يتولى رئيس الجمهورية عملية التفاوض على المعاهدة الدولية، وعلى الأخص في الهامة منها. وقد يوقعها ثم يصدق عليها من خلال وثائق التصديق *Lettres de ratification* التي تدل على القبول بالمعاهدة، وللتعهد بتنفيذ أحكامها.

وترفق بنصوص المعاهدة ذاتها بأوراق التصديق عليها، أو الانضمام لها. بيد أن الأفراد رئيس الجمهورية بالتصديق على المعاهدة، صار اليوم من خصائص النظم الأوتوقراطية *Les regimes autoritaires* التي كانت قائمة في بعض الدول كالإبانيان قبل ١٩٤٨ وألمانيا النازية وكذلك النظم الديكتاتورية المعاصرة.

وصار للبرلمان اليوم دور في التصديق^(١)، وعلى الأقل، بالنسبة إلى أنواع بنواتها من المعاهدات الدولية، هي التي حددها الدستور حصراً. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي من أن التصديق على المعاهدة أو إقرارها لا يجوز بغير قانون إذا كان موضوعها يتعلق بالملم أو بالتجارة وكذلك إذا تعلق بموضوع المعاهدة أو الاتفاق الدولي بتنظيم دولي، أو بفرض أعباء على مالية الدولة، أو بتعديل نصوص من طبيعة تشريعية، أو بحالة الأشخاص، أو بالتنازل عن إقليم، أو بإبدال إقليم بإقليم، أو ضم إقليم إلى غيره. ففي هذه الأحوال

(١) من ذلك ما ينص عليه الدستور الأمريكي من وجوب حصول رئيس الجمهورية على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ *With the advice and consent of the senate* قبل الدخول في المعاهدة.

جميعها لا يكون للاتفاق أو للمعاهدة من أثر قبل التصديق عليها أو إقرارها *Une prennent effet qu' après avoir été ratifiées ou approuvés*.

ولا يعتبر خروج القانون على اتفاق أو معاهدة دولية، خروجاً على الدستور.^(١) ذلك لأن المعاهدة الدولية إما أن تكون في مرتبة القانون، وقد تعلق القانون، إلا أن مرتبتها لا تصل إلى قوة الدستور^(٢).

وفي فرنسا -وعلا بنص المادة ٥٤ من الدستور- يختص مجلسها الدستوري بمراجعة دستورية المعاهدة، إذا قدم إليه طلب بذلك من رئيس الجمهورية، أو من الوزير الأول، أو من رئيس الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ.

بيد أن حق الطعن على دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، لم يعد مقصوراً على هؤلاء الأشخاص بعد تعديل الدستور الفرنسي في ١٩٩٢/٦/٢٥.

ولما صار لستين نائباً أو لستين شيخاً حق الطعن في دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، شأنهما في ذلك شأن المعاهدة أو الاتفاق الدولي في ذلك، شأن القوانين غير العضوية من حيث تماديهما فيمن لهم حق عرضها على المجلس للفصل في دستورتها. وعلا بنص الماد ٥٤ من الدستور، إذا عرض أمر معاهدة أو اتفاق من طبيعة دولية على المجلس للفصل في دستوريته، ثم تبين لهذا المجلس مخالفة شرط أو بند في المعاهدة أو الاتفاق لأحكام الدستور، فإن قانون التصديق عليها أو إقرارها، لا يجوز أن يصدر إلا بعد تعديل الدستور.

وقد دل التطبيق العملي لنص المادة ٥٤ من الدستور قبل تعديله في ١٩٩٢/٦/٢٥، على أن السلطتين الوحيدتين اللتين عرضتا المعاهدات الدولية على المجلس للفصل في دستورتها، كانتا رئيس الجمهورية والوزير الأول، رغم مسؤوليتهما عن التفاوض على المعاهدة وراضيهما على أحكامها، مدفوعين في ذلك أحياناً برغبتهما في تقليد أظافر المعارضة، وإجهاض محاولتها وصم

(١) C.C. 74-54 D.C., 15 janv. 1975, 19; C.C., 89- 268 D.C., 29 dec 1989, R.p. 110.

(٢) تنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية التي تم إقرارها أو التصديق عليه، يكون لها من وقت نشرها قوة تعلق القانون بشرط التحفظ بتطبيقها من قبل الطرف الآخر.

Sous réserve, pour chaque accord au traité, de son application de l'autre partie.

المعاهدة المعروضة على البرلمان، بمخالفة الدستور؛ وحرمانها بالتالي من فرصة نقضها، وضمنان تمريرها في النهاية بعد أن يؤكد المجلس دستورتها، سواء في الأسس التي تقوم عليها، أو على صعيد نطاق تطبيقها، أو أغراضها.

وليس في الدستور الفرنسي نص يحدد مبدأً حتمياً لا يجوز بعد انقضائه، أن يتدخل المجلس للفصل في دستورية المعاهدة؛ وإن كان من المفترض أن يراجعها بعد توقيعها وقبل تصديق البرلمان عليها؛ وذلك كلما كان هذا التصديق موقوفاً على قرار المجلس بمطابقتها أو مخالفتها للدستور.

وثمة فوارق رئيسية بين الرقابة التي يمارسها المجلس على دستورية القوانين العادية وفقاً لنص المادة ٦١ من الدستور، وتلك التي يمارسها في شأن دستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من هذا الدستور. وهي فوارق تظهر من النواحي الآتية بيناها:

أولاً: أن مهلة الشهر المنصوص عليها في المادة ٦١ من الدستور للفصل في دستورية القوانين العضوية والعادية، والتي يجوز إلغاؤها إلى ثمانية أيام في حال الاستعجال، لا مقابل لها في نص المادة ٥٤ من الدستور التي يفصل بمقتضاها في دستورية المعاهدة. وليس من الجائز قياس الصورة الثانية على الصورة الأولى، وإخضاع دستورية القوانين والمعاهدات الدولية لمهلة واحدة، يفصل خلالها المجلس في دستورتها. ذلك أن حتمية المعاهد تفترض وجود نص صريح بها.

ثانياً: أن المراجعة القضائية لدستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من الدستور، لا تقتصر على بعض نصوصها. وإنما يفصل المجلس في دستورية أحكامها جميعها من تلقاء نفسه.

D'office

ولا كذلك القوانين العادية. ذلك أن المجلس لا يفصل كأصل عام في غير دستورية النص القانوني المطعون فيه، وإن ترخص في النظر في كافة أحكامه، إذا اقتصر الطعن على بعض أجزائه.

ثالثاً: إذ يضر المجلس بنصوص القوانين المطعون عليها تفسيراً قضائياً فإنما يقتيد بذلك السلطان التشريعية والتنفيذية للذين صلبت القانون، أو تقومان بتنفيذه. ولا كذلك المعاهدة الدولية

ذلك أن أطرافها يختصون بتحديد مضمونها. وليس أمام المجلس غير خيار وحيد هو أن يقرر -على ضوء هذا المضمون- مطابقتها أو مخالفتها للدستور.

وبإيجاز: أن المجلس لا يوجه قراره بعدم دستورية المعاهدة إلى المشرع بل إلى السلطة التأسيسية التي يدعوها لتعديل الدستور وفق أحكام المعاهدة.

وهو في ذلك لا يعطيها أية نصيحة حول كيفية إجراء التعديل، ولا يديها حتى إلى أحكام المعاهدة المخالفة للدستور.

ذلك أن السلطة التأسيسية سيدها نفسها. وهي التي تحدد خياراتها في الكيفية التي يعدل بها الدستور بما يوفق أحكامه مع المعاهدة. وكلمتها في ذلك هي العليا. وعلى المجلس أن ينزل على قرارها حتى لا يتهم بتحويله إلى حكومة من القضاة.

ولا كذلك القوانين التي يقرر مخالفتها للدستور، إذ يوجه المجلس قراره في هذا الشأن إلى المشرع. ويبين في منطق قراره، النصوص التي اعتورها البطلان، ويفصح في أسبابه عن الكيفية التي يعدل بها القانون حتى يطابق الدستور.

ذلك أن خضوع المشرع للدستور قاعدة مطلقة لا استثناء منها. ويعمل المجلس على ضمان هذا الخضوع وثوكيده. وكان منطقياً أن يوجه المشرع إلى الطريقة التي يصحح بها خطأ.

خامساً: ويتعلق الفارق الأخير بين عدم دستورية المعاهدة وعدم دستورية القانون، في أثر الحكم بعدم الدستورية. ذلك أن قرار المجلس بعدم دستورية قانون، مؤداه ألا يصدر إلا بعد أن يعدله المشرع بما يوفق أحكامه مع الدستور. ولا يعدل المشرع غير النص المناقض للدستور.

وإلى أن يعدل المشرع ذلك النص، ويصدره رئيس الجمهورية، ليس ثمة نص قانوني يجوز تطبيقه قانوناً.

ونقيض ذلك قرار المجلس بعدم دستورية المعاهدة. ذلك أن هذا القرار لا يلغيها أو يزيل وجودها. فالمعاهدة المخالفة للدستور لا تعطل، ولكن الذي يعدل هو الدستور. وفي هذا الإطار، قرر

المجلس أن قانون التصديق على معاهدة الاتحاد الأوروبي ' union européenne ' لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور^(١) ' Ne peut intervenir qu' après la révision de la constitution.

ملاحضا: ويفصل المجلس - عملاً بنص المادة ٥٤ من الدستور - في دستورية كل تعهد دولي، وهو تحيز وإن كان مشوباً بالغموض؛ إلا أن كل اتفاقية دولية مما ورد حصراً بنص المادة ٥٣ من الدستور^(٢)، تدرج في إطار التعهد الدولي، وتشمّلها ولاية المجلس الذي يقرر ما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية مما يجوز التصديق عليها أو إقرارها بقانون، أم أن تعديل الدستور يتعين أن يكون سابقاً على صدور هذا القانون.

فإذا لم تكن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية تقتضي تدخل البرلمان للتصديق عليها، أو إقرارها بقانون؛ فإن المراجعة القضائية التي يتولاها المجلس تنحصر عنها.

(١) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 3e édition, pp. 167- 169.
(٢) تنص المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات المتعلقة بالسنم أو بالتجارة وكذلك المعاهدات أو الاتفاقيات المتعلقة بالتنظيم الدولي أو التي ترتب التزامات مالية على الدولة، أو التي تعيدل نصوصاً من طبيعة تشريعية أو التي تتعلق بحالة الأشخاص، أو التي تشمل على تكاليف عن الإقليم أو تبادل أو إضافة للإقليم، لا يجوز التصديق عليها أو الموافقة عليها بغير قانون. ولا يكون لها من أثر قبل هذا التصديق أو تلك الموافقة.

المبحث السادس الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري

٣٢٠- ثار التساؤل حول ما إذا كان للمجلس الدستوري، هيئة قضائية دستورية. وهو تساؤل يطرح جدلاً فقهاً حول طبيعته التي لا يحل الدستور بالخوض فيها، دالاً بذلك على أن ما يدعي التركيز عليه، هو حقيقة المهام التي يتولاها؛ والوسائل التي ينتهجها في تحقيق الأغراض التي يقوم عليها.

ومن ثم كان الجدل حول هذا الموضوع حواراً بالكلمة بقصد الإقناع بوجهة نظر معينة أياً كان حظها من الصواب.

وإذا أردنا أن نخوض مع الخاضعين من الفقهاء؛ فإن تعمق حججهم يقودنا إلى اتجاهين رئيسيين أحدهما يقول بالطبيعة القضائية لهذا المجلس؛ وثانيهما يراه من طبيعة سياسية؛ فللتأمل إذا ما يقولون، وتديره بأنفسنا على حكم العقل، لنصل إلى ما نراه صواباً من أقوالهم.

المطلب الأول للقائون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس

٣٢١- يستند هؤلاء إلى أن المجلس يفصل فيما يطرح عليه من أوجه النزاع، على ضوء قواعد قانونية يستخلصها وينزلها عليه De dire le droit.

وهو يعمل لتحقيق سيادة الدستور من خلال الفصل فيما يدعي به من تعارض بين القانون والدستور، وبين معاهدة دولية والدستور؛ أو بين لائحة برلمانية والدستور.

فلا يتحول بوجهه عن القاعدة الأعلى التي يمثلها الدستور، على تقدير أن كلمته هي العليا.

وكما عرض نزاع على المجلس مما يدخل في ولايته، فصل فيه في إطار من تكاليف التفرص بين الخصماء، سواء في ذلك من يؤيدون النصوص المطعون عليها، أو من ينتقدونها وحتى في الأحوال التي لا يتوافر فيها عنصر النزاع، كالفصل في دستورية القوانين العضوية قبل إصدارها؛ واللوائح البرلمانية قبل تطبيقها؛ فإن العملية العقلية التي يجريها المجلس في مجال تقييم

هذه القوانين وتلك اللوائح؛ هي ذاتها التي يستند عليها في الطعون التي تقدم في شأن القوانين العادية، والتي يعرضها عليه الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ وجميعهم ذوو مصلحة في إبطال النصوص للقانونية التي يعارضونها.

وليس أدل علي لصفة القضائية للمجلس، مما تلص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من الدستور الفرنسي من أن النصوص التي يقر المجلس عدم دستوريته، لا يجوز إصدارها.

المطلب الثاني

القاتلون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس

٣٢٢ - والقاتلون بالطبيعة السياسية - لا القضائية - للمجلس^(١) يصرّون ذلك بأن الطريقة التي يشكل بها وطبيعة المهام التي يتولاها؛ تنفي عنه الصفة القضائية. وقال آخرون بأن المجلس من طبيعة سياسية-قانونية Organ - politico-juridique وأنه يفصل فيما يدخل في ولايته من المسائل من زاوية قانونية؛ ومن وجهة تقدير سياسية^(٢).

ويؤسس هؤلاء وهؤلاء رأيهم على ما يأتي:

١. أن الطبيعة السياسية للمجلس هي النتيجة الحتمية والمنطقية لطريقة تكوينه ذلك أن أعضائه يعيّنهم سياسيون يحتلون في مناصبهم، أعلى مستوياتها.

وليس شرطاً في أعضاء المجلس أن يكونوا مؤهلين قانوناً لتولي المهام التي ينهضون بها. وإنما هم رجال سياسة تولوا وظائفهم في المجلس بصفته هذه، أو علي الأكل عندهم فيه استنداء لهم من السياسيين.

٢. أن هؤلاء الأعضاء لا يراقبون فقط دستورية القانون - فهو التعبير الأعلى عن الإرادة السياسية - ولكنهم يتدخلون - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مباشرة السلطة التفسيرية بما يحيطهم شركاء فيها.

(١) Bernard Chenot, Le domaine de la loi et du règlement, P.U.A.M., 1978, P.178; le Conseil Constitutionnel, Académie des Sciences Morales et Politiques, 9 Dec., 1985.

(٢) Paul Coste - Floret, Débats et Avis du C.C.C., doc. Fr, 1960, p.57.

ذلك أن إصدار القانون إجراء تتم به العملية التشريعية وتصل إلى خاتمتها. وإذا فصل المجلس في دستورية القوانين قبل إصدارها، فإن تدخله في العملية التشريعية قبل اكتمال حلقاتها التي لا يتنها إلا إصدار القانون، يكون ثابتاً بغیر نزاع، وعلى الأخص على ضوء ما هو مقرر من أن إصدار القانون، يظل موقوفاً إلى أن يفصل المجلس في دستوريته.

وكان منطقياً بالتالي ما قرره المجلس من أن رئيس الجمهورية إذ يعيد قانوناً إلى السلطة التشريعية لقراءته مرة ثانية بعد أن حكم المجلس بعدم دستوريته، فإن تصويتها على القانون بعد إحالتها إليها على هذا النحو، لا يكون تصويتاً على قانون جديد، وإنما هي مداخلية تشريعية في ذات عملية إقرار القانون، وفي مرحلة تكملية ناجمة عن الحكم بعدم دستوريته^(١) ومن ثم تتم في ذات المرحلة الإجرائية للعملية التشريعية القائمة *la procedure legislative en course*. أفلا يقع المجلس داخل نطاقها...!!

٣. أن المجلس يلعب دوراً حقيقياً في عملية صناعة القانون. ذلك أن تدخله إما أن يبلور شكلاً من أشكال الضغط على السلطة التشريعية، وإما أن يهددها إلى ما يكون صواباً في المعالجة التشريعية. وهو ما دعا الوزير الأول Michel Rocard إلى أن يطلب من معاونيه من الوزراء، بذل كل جهد من أجل تنقية القوانين التي يقدمون مشروعاتها إلى المجلس، من شوائبها الدستورية، حتى ولو كان احتمال عرضها عليه ضئيلاً^(٢).

٤. إن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تتوالى فيها ثلاثة شروط:

أولها: أن تباشر للفصل في دستورية قوانين قائمة معمول بها *A posteriori* من أجل فوض جزء على مخالفتها للدستور؛ وثانيها: وقوع ضرر بالقطاع من جراء سريان النصوص المطعون عليها في حقها؛ ثالثها: أن تباشرها محكمة خاصة أو محكمة من محاكم القانون العام.

ولا كذلك المراجعة القضائية التي يباشرها المجلس، والتي لا تتعلق بقوانين قائمة، وإنما بقوانين لم تصدر بعد *A priori*.

(١) C.C.85-197.D.C.23 adut 1985.R.P.70

(٢) مشار إلى هذا للكتاب الدوري الصادر عن الوزير الأول إلى وزرائه في ص ٥٢ من الطبعة الثالثة من مؤلف Domonique Rousseau السابق الإشارة إليه.

وهي كذلك رقابة على مجموع نصوص القانون، ولا تكحصر بالتالي في تلك التي حددها الطاعن.

والمصلحة في هذا الطعن هي محض ضمان سيادة الدستور التي لا شأن لها بالمصلحة الشخصية للطاعن^(١).

٥. أن المجلس يقوم بإلغاء القانون وذلك عملية سياسية لا نزاع فيها، ويتخذ إصدارها عن عملية تطبيق القانون. ذلك أن تطبيق قضاء الشريعة الدستورية لوثائق الحقوق والدستور، يفترض تبصيرها. وتلك عملية خلق وإبداع.

٦. أن فصل مسائل القانون عن السياسة كلما يتحقق في مجال الرقابة على دستورية القوانين. ذلك أن النظر في القانون، لا يتم من المفهوم الشامل للتجرد والحيادة، ولا هو قراءة في الفراغ لأحكامه، ولا هو تصور موضوعي لها لا يختلط بالمفاهيم الشخصية لهؤلاء الذين أقروه.

وكل نشاط قضائي تتكامل فيه بالضرورة عوامل سياسية، ويتأثر كذلك بالتقييم الذي ينحاز القضاء لها، والتي يحدون من خلالها تلك المبادئ التي بمنحوتها قيمة دستورية.

فلا يكون عملهم مجرد تزييد لنصوص القانون، ولا لنصوص وثائق إعلان الحقوق، ولا حتى للدستور القائم. ذلك أن هذه النصوص جميعها لا تنطلق من تلقاء نفسها بمضمونها. ولكنها تحمل في إطلاقها معاني متعددة يوجهها قضاء الشريعة الدستورية، ويختارون واحدا من بينها في إطار وظيقتهم القضائية^(٢). وإن وجب القول بأن كل نصير للنصوص القانونية، ليس محض عملية قانونية، وإنما هو انضمام من قضاء الشريعة الدستورية -ولو بغير وعي منهم- إلى التقييم التي يفضلونها، وإلى التبدائل التي ينحازون إليها. فلا يكون للنص بعد تبصيره، غير المضمون الذي أحقه هؤلاء القضاء به. ولئن صح القول بأنهم يتقيدون في كل نصير بقراراتهم السابقة،

(١) Patrich Juillard, l'aménagement de l'article 61 de la Constitution, R.D.P. 1974, p 1703.

(٢) وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي أن للحكومة أن تحصل على تفويض من البرلمان لاتخاذ تدابير تشريعية تكفل بها تنفيذ برنامجها، وأن هذا التفويض يجوز، ولو لم يكن البرلمان قد وافق على هذا البرنامج. ذلك أن كلمة 'برنامج' المنصوص عليها في المادة ٢٨ من الدستور، تختلف في معناها عن كلمة 'برنامج' التي تعنيها في نفس المادة ٤٩ من الدستور. C.C 76 - 72 D.C., du 12 Janu. 1977, R.P.31.

وبتحليل الفقهاء لقضائهم ويرد فعل أحكامهم على الطبيعة السياسية، وبمزاج الرأي العام والحالة التي يكون عليها، إلا أن عوامل التأثير هذه من طبيعة سياسية أكثر منها قانونية، وهي تفرض نفسها بطريقة مشابهة على السلطة التشريعية ذاتها.

المطلب الثالث

ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية

٣٢٣- على أن الطبيعة القانونية للمجلس يكشفها:

أولاً: أن الرقابة التي يفرضها لضمان الشرعية الدستورية تقتضي النظر قضائياً في قواعدما بقصد تأصيلها والتخريج عليها، وتحولها إلى قانون بمعنى الكلمة، مثلما تعمل المحاكم القضائية في إرسائها لقواعد القانون المدني. وهو ما نحاه كذلك مجلس الدولة الفرنسي في بناء قواعد القانون الإداري.

وقد صار للمحاكم الدستورية جميعها الوزن الأكبر في الدول التي أنشأتها - لا لأنها تطبق الدستور بصورة جامدة، ولكن لأنها تنقل إليه مفاهيم جديدة، وصوراً من التطوير متعددة يكاد يصبح الدستور في كلِّها، غير الدستور في الصورة التي ظهر بها أول الأمر. وما كان هذا الشكل الجديد للدستور ليتحول إلى شكل ملزم لولا قوة الأمر المقضى التي يكتسبها قضاء الجهة القضائية التي تتولى فرض الشرعية للدستورية.

وربما كان المرجحون الذين يقولون بطبيعتها السياسية، لا يبيغون غير الانقضاء عليها، وتقويض حجية قراراتها، وإيهام الآخرين بأنها لا تعمل إلا على المسرح السياسي، وفي إطار اللعبة السياسية التي توجهها الأهواء وتتحكم فيها.

وفاتمه أن الاعتبار الأهم، ليس هو النظر في الحالة التي كان عليها للمجلس حين نشأ، وإنما تحليل الصورة التي آل إليها من خلال اجتهاده.

والفقهاء في غالبيتهم يرون أن المبادئ التراكمية التي كفلها هذا المجلس، في مجال رقابته للدستورية، كان لها - بالنظر إلى كثرتها وعمقها - أكبر الفضل في توجيه المشرع إلى ما يعتبر صواباً في فهم الدستور، وإلى التأثير في عملية صناعة القانون ذاتها. ولا حاجة بعد ذلك في القول بالطبيعة السياسية أو القضائية لنشاط المجلس.

المطلب الرابع

ماذا كان يرد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها

٣٢٤- ومواء كان المجلس جهة قضاء، لم كان حلقة في الموازن السياسية، فإن السلطة السياسية التي أنشأته، كان يعنها أن يظل في الظلام وأن يكون دوره خافتاً وصوته همساً، وكأنه يعمل بين موتى في المقابر، خاصة إذا كانت السلطة التنفيذية هي مركز الثقل في موازن القسوة في الحلبة السياسية. فلا يراقبها قضاء الشرعية الدستورية في تصرفاتها المخالفة للدستور.

وحتى داخل السلطة القضائية ذاتها، فإن محكمها قد تنظر بحفظ كبير واستراتيجية صيقة، إلى جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها كيان دخيل عليها، ووافد جديد لا يجوز أن يقوض عرشها حتى تحتفظ لنفسها بدورها كهيئة تتولى تقليدياً- وبصورة لطيفة- ضمان حقوق الأفراد وحررياتهم.

وزاد من صعوبة الأمر، أن إنشاء المجلس الدستوري، كان يمثل ردة عن مفاهيم تقليدية أساسها أن السيادة للقانون، وأن البرلمان هو خير تعبير عن إرادة الجماهير، وأن لكل سلطة شرعيتها التاريخية أو الديمقراطية، فيما خلا هذا المجلس الذي نظرت إليه فرنسا منذ عام ١٩٥٨ باعتباره مجرداً من هاتين الصورتين من صور الشرعية.

ذلك أن نصوص دستور ١٩٥٨ وحدها، هي التي حدثت ولايته بصورة ضيقة. والذين أقروه توقعوا أن يكون مجرد منظم للروابط بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

فضلاً عن أن الاتجاه العام في فرنسا، كان يعارض القول بتكوين خاص ينفرد بالمرجعة القضائية لدستورية القوانين.

بيد أن هذه الاتجاه، لم يثن المجلس عن المضي قدماً في مبادئه ولايته وتعميقها إلى أن تضم ذراها في عام ١٩٩٠.

وخلال هذه الفترة، كان عمل المجلس قائماً على التحوط والمثابرة وتحقيق التوازن، مؤكداً من جديد -ومن خلال قراراته- أن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تنمرد على السلطة التي أنشأتها، وتجاوز توقعاتها.

٣٢٥- وكانت نقطة البداية في توجه المجلس، هي تركيزه على أن ولايته منحصرة في الحدود التي قودها الدستور بها^(١).

La constitution a strictement délimité la compétence du conseil constitutionnel

ومن ثم راضى المجلس بإداء آراءه استشارية لاية جهة^(٢) ولم يفل كذلك الفصل في دستورية القوانين التي وُقعت عليها في الاستفتاء باستثناء على أن القوانين التي تدخل في ولايته هي فقط تلك التي ولق البرلمان عليها وأن القوانين التي لقرتها الجماهير في استفتاء عام، تعتبر مبدئياً مبادراً عن المبادأة الوطنية، ولا تشملها ولايته بالتالي^(٣).

ولا كان موقفه في ذلك حكيماً حتى لا يدخل في صراع مع السلطة التنفيذية التي كانت تمثل في هذا الوقت حركة القوة في النظام السياسي القائم^(٤).

وتفهم المجلس بذلك كهيئة حرة تتحوط فيما تفصل فيه، وتولى احترامها لنصوص الدستور وللشريعة الديمقراطية.

بيد أن المجلس انتقل بعد ذلك من الأناة إلى الإقدام، فحول البرلمان الحق في أن يشرع فيما وراء حدوده المنصوص عليها في المادة ٣٤ من الدستور^(٥)، متخذاً من مواد الدستور، ومن نصوص إعلان ١٧٨٩، ومن ديباجة دستور ١٩٤٦، منبأ لقضائه، وملتبها إلى اختصاص

(١) C.C. sep. 1961, R.p. 55.

(٢) يلاحظ هذا الاتجاه فرانسوا لوشير قلاباً بأن من الأفضل أن يبشر المجلس ولايته قبل لا بعد.

François lauchaire: Saisir, le conseil avant plutôt qu' après, le Monde du 23 août 1985.

(٣) C. C. 61- 20 D.C., 6 nov., 1962, R.p. 27.

(٤) كان الشعب الفرنسي قد صوت في الاستفتاء على قانون يجعل انتخابات رئيس الجمهورية بطريق الاقتراع العام المباشر. وقد طعن رئيس المجلس في مشروع هذا القانون معتقداً في ذلك إلى الفترة ٢٠٠٢ من المبدأ ٦١ من الدستور. إلا أن المجلس رفض في الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية. وهو ما اعتبره بعض القضاة عملاً حكيماً حتى لا يؤثر حيولة رئيس الجمهورية - وهو في هذا الوقت الجنرال ديغول المهيمن - إلى حد إلغاء لوجود المجلس ذاته.

(٥) تحدد هذه المادة، المجال الممحور للقانون.

البرلمان وحده بكافة المسائل التي ترتبط عقلاً بالمجال المحجوز للقانون، أو التي تستهض تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهي محل شديد الاتصاع^(١).

فضلاً عما قرره في ٣٠ يوليو ١٩٨٢ من أن احتواء قانون أقره البرلمان على نصوص لاجتية، لا يصح هذا القانون بمخالفة الدستور، وإن تعين إخراج هذه النصوص من مجال تطبيق ذلك القانون^(٢).

ثم كقر المجلس خطوة جريئة نحو اتفاق بعيدة. وذلك حين كحل بقراره في ١٦ يوليو ١٩٧١ حرية الاجتماع، وقرر أن الحق في تكوين الجمعية ينبغي أن يكون حراً، وأن تعليق صحتها على قرار سابق -إدارياً كان أم قضائياً- لا يجوز.

وقد أحال المجلس في تأسيس هذه القاعدة، إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحول بدورها إلى إعلان ١٧٨٩ وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦^(٣).

ولئن كان مجلس الدولة الفرنسي قد قرر هذه القاعدة ذاتها في ١١ يوليو ١٩٥٦^(٤)، إلا أن فضل المجلس الدستوري في شأنها يتمثل في القيمة الدستورية التي خلعها عليها، وفي أنه صار يخوض فيها وراء نصوص الدستور ذاتها، وينظر بالتالي في ديباجة الدستور والوثائق التي تعيل إليها.

وقد استطاع -ومن خلال هذه الاستراتيجية التي أخطتها- أن يمد بصره إلى اتفاق جديدة لا نهاية لها، وأن يتخذها مدخلاً لتقرير حقوق لا نص عليها في الدستور كذلك التي تتعلق بحرية الاجتماع.

وليس أدل على تلك الفترة الهائلة من أن المجلس كان إلى ما قبل إصداره لقراره المتعلق بحرية الاجتماع والحق في تكوين الجمعية بالإرادة الحرة -وهو القرار الصادر في ١٦ يوليو

(١) C.C. 65- 34 L., 2 juil. 1965, R.p. 75; C.C. 73- 51 D.C., 26 dec., 1973, R.p. 25; C.C. 73- 80 L., 28 nov 1973, R.p. 54; C.C. 69- 55 L., 26 juin 1969, R.p. 27; C.C. 82- 142 D.C., 27 juil, 1982, R.p. 52.

(٢) C.C. 82- 143 D.C., 30 juil 1982, R.p. 57.

(٣) C.C. 71- 44 D.C., 16 juillet, R.p. 29.

(٤) C.E., 11 juil 1956, Amicables des Annamités de Paris, R.p. 317.

٣٢٦- لا ينظر في غير الشكل الخارجى للقانون المنازع فيه La regularité externe de la loi؛ ولا يفصل بالتالى فى غير الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيه، والتى يندرج تحتها الكيفية التى وزع الدستور بها الاختصاص بين كل من السلطة التشريعية والتنفيذية.

وأما بعد صدور هذا القرار، فإن مضمون القانون أو حقيقة محتواه Le contrôle interne صار كذلك محلاً للمراجعة القضائية^(١) مما أتاح لهذا المجلس أن يباشر بصورة مطردة ومتساعدة، رقابة لا تنقيد بالمفاهيم التقليدية، ولكنها تنتقل منها إلى مفاهيم تغايرها فى نوعيتها، ليظهر المجلس فى النهاية كهيئة لها وزنها، ولا يتصور تجاهلها؛ تفرض رقابتها على البدل الذى اختارها المشرع Le choix du législateur.

واتساع المراجعة القضائية للبدل الذى يختارها المشرع، كان نقطة البداية فى استقلال المجلس عن السلطة التنفيذية التى كان يعطيها دوماً أن تفرض من خلال المشرع، خيارها السياسية التى تؤمن مصالحها.

٣٢٧- وقد ازداد دور المجلس تعاضداً بعد تعديل نص المادة ٦١ من الدستور فى ٢١/١٠/١٩٧٤^(٢) بما يدخل ستين نائبا أو ستين شيخاً، حق الطعن فى نصوص القوانين العادية قبل إصدارها.

وقد تم هذا التعديل بمبادرة من الرئيس جوسكار ديمتان الذى أعلنه فور انتخابه فى رسالة وجهها إلى البرلمان، متوخياً بها تأكيد الطبيعة الليبرالية لنظام الحكم من خلال دعم حقوق المواطنين وحرياتهم.

(١) لم يكن قرار المجلس الصادر فى ١٦ يوليو ١٩٧١ يملو خطأ فاصلاً بصورة قاطعة بين الرقابة على العيوب الشكلية من جهة والعيوب الموضوعية من جهة أخرى. ذلك أن المجلس فصل قبل هذا التاريخ فى عيوب موضوعية كذلك التى تنطق بمخالفة القانون لقاعدة عدم جواز عزل القضاة. وهى القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٦٤ من الدستور. ولكن الجديد فى تطور المجلس هو الانتقال النوعى فى مجال الرقابة من مفاهيم محدودة إلى مفاهيم شاملة.

(٢) انعقد مجلس البرلمان فى شكل مؤتمر وأخذ تعديلاً على المادة ٦١ من الدستور بالأغلبية المطلوبة. وهى ثلاثة أخصاص أصوات الأعضاء الحاضرين.

وكذلك تعديل وإعادة تشكيل الروابط بين الأغلبية والمعارضة. وقد كان مشروع التحديل - على صورته الأولى - متضمناً اقتراحين:

أحدهما: أن يتولى المجلس من تلقاء نفسه، الفصل في دستورية القوانين التي يظهر كـ
إخلالها بالحريات العامة التي يكفلها الدستور.

Des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la constitution.

وثانيهما: أن يكون لعدد من البرلمانيين الطعن في القوانين التي يقرها البرلمان.

إلا أن الأغلبية البرلمانية والمعارضة على حد سواء لم تقبل بالاقترح الأول بالنظر إلى ما تصوراه من أنه يخول المجلس فرض نوع من الوصاية على أعمال البرلمان.

وأما الاقتراح الثاني، فقد قبل بعد نقاش مثير حول عدد البرلمانيين الذين يخولهم الدستور النفاذ إلى المجلس الدستوري للطعن في دستورية القوانين.

ولما كان الأمر، فإن التعديل - على الصورة التي آل إليها - يبرهن على القوة المتصاعدة التي صار للمجلس يحتلها، والوزن الكبير للمكافة التي حظى بها، والتي لم بعد معها شمة محل للنظر في إلغائه وجوده أو خفض ولايته.

ومن ثم كان الحرص على دعمها علامة فارقة في تاريخه، خاصة وأن المعارضة - ومنذ إقرار التعديل - لم تال جهداً في أن تحمل إلى المجلس، القوانين التي تقدر مخالفتها للدستور.

وهي بموقفها هذا تحلن لجموع المواطنين عن عزمها على إرساء الشرعية الدستورية بكل الوسائل القانونية التي تعارض بها سياسة تشريعية قائمة، حتى إذا تحقق لها الفوز في نعيها على القانون مخالفتها للدستور، دل ذلك على مصداقيتها، وأنها لم تقصد مجرد تجريخ الأغلبية البرلمانية لأغراض حزبية، بما يعزز مكانتها، ويزيد من اطمئنان المواطنين إليها فيمنحونها تقديراً.

ولم يكن لجوء المعارضة إلى المجلس خياراً لها تأخذ به أو تطرحه. ذلك أن انتقادها بعض القوانين أثناء مناقشتها في البرلمان، كان يلزمها بالتوجه إلى المجلس للفصل في دستوريته، وإلا صار تعييبها لها ملوماً بالأغراض السياسية.

وكثيراً ما ضاق المجلس بالمطاعن التي غلفتها الأهواء السياسية، وقرر فسي وضوح أن المراجعة القضائية التي يباشرها لا تتوخى تعويق السلطة التشريعية، أو تعطيل مباشرتها لوظائفها، وإنما ينحصر هدفها في ضمان اتفاق القوانين التي تقرأها مع الدستور^(١).

وكان للفقهاء كذلك أحد العوامل المؤثرة في نشاط المجلس، كلما كان معهم لتطويره مؤدياً إلى انفتاح آفاق جديدة لاجتهادهم التي يقومون فيها بتعطيل قضاء المجلس من منظور التهم الجديدة التي كفلها، والمفاهيم الدستورية التي أرساها، والحقوق التي تستتبط منها، ومن أن الدستور صار وثيقة قانونية تفرض منطقها على فروع القانون جميعها^(٢).

ومنذ أن أصدر المجلس قراره في ١٦ يولييه ١٩٧١ في شأن حرية الاجتماع، نظرت الصحافة إلى المجلس باعتباره ملاذاً أخيراً للشرعية الدستورية، وصمام أمن في مواجهة طغيان السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومناراً لمرآتهم في العمل، ولم يكن دور الصحافة في ذلك محدوداً.

(١) C.C. 85-197.D.C. 23 aout 1985, R.p. 70.

(٢) Louis Favoreau, L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs 1980, no. 13, p. 23.

المبحث السابع

لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا

٣٢٨- كان الرئيس فرانسوا ميتران قد أعلن في ١٤ يولييه ١٩٨٩ -ولأم رجال الصحافة- عن اعتقاده بضرورة تعديل الدستور بما يحول كل مواطن حق الطعن في دستورية القوانين إذا فكر إخلالها بحقوقه الأساسية *S'il estime ses droits fondamentaux méconnus*.

وقد حرص مشروع للتعديل على ضمان تحقيق الرقابة القضائية اللاحقة من خلال مبدئين:

أولهما: الطعن غير المباشر في القوانين بعد العمل بها. ثانيهما: التصفية الثنائية للنوع بعدم دستورتيتها *La saignée indirecte et un double filtrage*.

ففيما يتعلق بالطعن غير المباشر في القانون، لم يحول مشروع التعديل كل شخص -طبيعياً كان أم معنوياً، وطنياً أم أجنبياً، من القطاع العام أو الخاص- حق اللجوء مباشرة إلى المجلس للطعن في دستورية قانون بعد صدوره. وإنما يتعين أن يكون هذا الطعن من المسائل الأولية التي يرتبط الفصل فيها بالفصل في نزاع قائم إذا قدر القاضي تطبيق هذا القانون فيه.

ومن ثم كان حق الطعن مكفولاً لكل شخص كان طرفاً في نزاع يبغي الفصل فيه من خلال وسيلة دفاع جديدة يبدئها، ويؤمن بها حقوقه الأساسية التي أخل بها القانون المطعون فيه، سواء أقر البرلمان هذا القانون قبل أو بعد ١٩٥٨.

وقد دل مشروع التعديل بإحالاته إلى حقوق الشخص الأساسية التي أخل بها القانون المطعون فيه، على أن مضمون القانون هو محل البعس، وأن الأشكال التي يجب أن يفرغ القانون فيها، وكذلك مجاوزة ضوابط الفصل بين المجال المحجوز لكل من القانون واللائحة، يتعين استبعادها من نطاق الرقابة القضائية اللاحقة.

وفيما يخص تصفية الدفوع بعدم دستورية القوانين علي مرحلتين، فإن البين من مشروع التعديل أن أولاهما تتم أمام المحاكم العادية في الأعم من الأحوال^(١) التي يتعين عليها أن تتحقق

(١) عملاً بمشروع التعديل، يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهة التحقيق أو أمام جهة الحكم إدارية كانت أو قضائية.

من أن القانون المدفوع بعدم دستوريته، يرتبط بالنزاع المعروض عليها، ومن أن المجلس الدستوري لم يكن قد قضى من قبل بمطابقة هذا القانون للدستور؛ ومن أن المناعى الموجهة إلى القانون لها وجاهتها، فلا تبدو مفقودة إلى أسسها بصورة واضحة *Ne paraît pas manifestement infondée*.

فإذا ظهر للمحكمة تحقق هذه الشروط جميعها، كان عليها أن تحيل المسائل الدستورية التي أثارها الدفع المطروح عليها، إما إلى مجلس الدولة أو إلى محكمة النقض على ضوء طبيعة هذه المسائل، وما إذا كانت تدخل في اختصاص هذه الجهة أو تلك.

وتفصل كل من هاتين الجهتين -في حدود ولايتهما- في الدفع بعدم الدستورية المحالة إليها خلال ثلاثة أشهر على الأكثر.

فإذا بان لها -جديتها *Le caractère sérieux*، أحالتها إلى المجلس الدستوري ليقرر خلال ثلاثة أشهر كذلك صحة القوانين المطعون عليها أو مخالفتها للدستور.

فإذا قرر مطابقتها للدستور، فإنها تستمد قوة مريادها التي كان الدفع قد أوقفها، فإن كان قرار المجلس هو مخالفتها للدستور، تعين الاستماع عن تطبيقها.

٣٢٩- وقد كان لمشروع التحويل بعض المزايا أهمها عدم إيقال كامل المجلس بطعون لا طائل ورائها، ولا فائدة منها بالنظر إلى خلوها من العناصر التي تكفل جدتها.

فلا تعطل الدفع بعدم الدستورية عمل المجلس، ولا تعتبر عبئا على إجراءات التقاضي، خاصة على ضوء ما قرره المشروع من وجوب الفصل في هذه الدفوع خلال الأجل القصيرة التي عينها. فضلا عن ضمان استقرار المراكز القانونية بالنظر إلى مريان قضاء المجلس بآثر مباشر، فلا يكون رجحان في اثره.

٣٣٠- على أن مشروع التحويل لثار ردود فعل حادة بين المعارضين للرقابة اللاحقة، وكان هذا المشروع كذلك معيباً من مناح متعددة أهمها:

١. أقام مرحلتين لتصفية الدفوع بعدم الدستورية؛ إحداها قاضي الموضوع؛ وآخرهما محكمة أعلى هي محكمة النقض أو مجلس الدولة اللذين يختصان وحدهما - وبصفة نهائية - بتقية الدفوع بعدم الدستورية فصلاً في جديتها.

٢. أن القضاة الذين يتدرون جدية الدفوع بعدم الدستورية في هاتين المرحلتين، إنما يفصلون بطريق غير مباشر في مسائل دستورية، ولو من وجهة مبدئية.

٣. أن محكمة النقض ومجلس الدولة، قد يتفاوتان في ميلهما إلى إحالة المسائل للدستورية إلى جهة الرقابة على الدستورية، فقد تكون إحداها أقل رغبة في ذلك. وقد يمدان كلاهما إلى تفويض فرص اتصال هذه الجهة بتلك الدفوع.

٤. أن مشروع التعديل يقضي بأن المسائل الدستورية التي فصل فيها المجلس للدستوري عن طريق الرقابة السابقة، لا يجوز طرحها من جديد من خلال الرقابة اللاحقة.

وهو ما قد يدفع البرلمانيون إلى الطعن في كل القوانين قبل إصدارها توكفا لعرضها من جديد - من خلال الدفوع بعدم الدستورية - على هذا المجلس.

٥. أن المعارضة البرلمانية قد تتخطى بنفسها وإبانتها عن الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها حتى توفر للمواطنين فرص النيل بصفة مباشرة من الأغلبية البرلمانية من خلال الدفوع بعدم الدستورية التي يبدونها بعد العمل بالقانون.

وأما كان مضمون هذا التعديل، فقد انتقده بعض الفقهاء ورجال السياسة الذين تحفظوا عليه. بل وعادوه لضمائنه الرقابة اللاحقة التي يعارضونها ولا يقبلون بها؛ ولأن المواطنين قد يحركون الرقابة اللاحقة بعد سنين من صدور القانون، بما يخل باستقرار المراكز القانونية ويجعل الآثار التي رتبها القانون قبل الحكم بعدم دستوريته، ركاساً.

فضلاً عن أن الرقابة اللاحقة - في صحيح صورتها - يستحيل مزاولتها بالرقابة السابقة، ولا أن يعملوا معاً. ذلك أن تباينهما منفرد، وتعايشهما غير متصور.

فالقانون الواحد قد تطهره الرقابة السابقة، فلا يجوز بعد تطهيره أن يوصم ممن خلال الرقابة اللاحقة- بالبطلان. وهو ما يعنى تأكلها وأن يقتصر مجال عملها على القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

وحتى وإن قيل بجواز الطعن في القوانين التي طهرتها الرقابة السابقة، فإن القانون الواحد يتغير مصيره تبعاً لنوع الرقابة التي تتصل به، وفي المرحلة الزمنية التي تقع فيها. فلا يكون للقانون الواحد صورة واحدة لا تتبدل، بل ينتقل من الصحة إلى البطلان، أو من البطلان إلى الصحة.

٣٣٦- ولكن المؤيدين للمشروع استنفروا كل حجة يرون صوابها في الدفاع عن حق الشخص في الطعن في دستورية القوانين، وسألوا انذلك يراهين حاصلها أن الرقابة اللاحقة تكمل الرقابة السابقة، وتسد بالتالي فراغاً قائماً في الرقابة على الشرعية الدستورية، وأن فضلها على الرقابة السابقة، يتمثل في أن مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، تتحل في حقيقتها إلى رقابة مجردة لا شأن لها بالآثار المترتبة على تطبيقها، أو هي في أحسن الفروض رقابة على القوانين قبل إصدارها مع تصور آثار تطبيقها واحتمالاته.

كذلك قد تطهر الرقابة السابقة القانون في مجموع أحكامه، ثم تظهر مخالفة بعضها للدستور من خلال تطبيقها؛ إما لسريتها في أحوال لم تتوقعها السلطة التشريعية، أو تخيلها الجهة التي ينشر الرقابة السابقة؛ وإما لأن القواعد الدستورية التي كانت تحكم هذه النصوص، قد طرأ عليها نوع من التطور أخرجها عن الصورة الأولى التي كانت لها.

وبعبارة موجزة، فإن تطبيق القوانين عملاً- لا تخيل صور تطبيقها- هو الذي يتيح أفضل الفرص لسبر أغوارها. فلا يكون الحكم بدستوريتها أو مخالفتها للدستور، مجانباً الحق في الأعم من الأحوال.

أما الرقابة السابقة، فإن ضمانها لحقوق الأفراد وحررياتهم، غير كامل، لأنها لا تواجه بالجزاء صوراً من تطبيق القوانين المعمول بها تتصادم بها مع الدستور.

ويعيها كذلك أن الذين يملكون تحريكها هم الطبقة السياسية التي يمثلها رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أو ستون نائباً أو ستون شيخاً.

وهذه الطبقة السياسية قد تتضمن فيما بينها من خلال تحالفاتها واتفاقاتها السرية والعلنية واختصاصاتها السياسية، أو لغير ذلك من العوامل. فلا تَطْعَنُ في القوانين قبل إصدارها بالرغم من عيوبها الدستورية الخطيرة والواضحة، بما يعطل الرقابة على الدستورية لتواطئها على إحصاد أبوابها. ولا ضمان بالتالي لمواجهة حالة الحصار هذه التي يحال بها بين جهة الرقابة ومباشرة مهامها، غير تقرير حق كل مواطن في إثارة الرقابة اللاحقة على القوانين.

ذلك أن المواطنين إن يترددوا في تجريح قوانين يرون مخالفتها للدستور، ويقدرُون أن تطبيقها خلا من كل جزاء يردّها إلى صوابها. فلا تخالطهم نوازع السياسة وسوءاتها. إذ هم أحرص من غيرهم على تقويم اعرجاجها من خلال نظرة محايدة لمضمونها.

كذلك فإن الرقابة السابقة على القوانين التي يباشرها المجلس الدستوري تنضم بضرعها، إذ عليه أن يفصل في دستورتها خلال ثلاثين يوماً، أو بما لا يجاوز ثمانية أيام في أحوال الاستعجال، فلا يكون سيره لأغوارها، محيلاً بجولتها.

فضلاً عن أن الرقابة السابقة تعصم القوانين التي طهرتها من فرض رقابة لاحقة عليها للفصل في دستورية أحكامها بعد العمل.

بل إن الرقابة السابقة تخول القائمين على تنفيذ القوانين المحكوم بدستوريتها، الحق في تطبيقها بالطريقة التي يرونها. ومن ثم تتعدد تأويلاتها على ضوء الزاوية التي ينظر منها كل منهم إلى هذه القوانين. فلا يعطونها غير المعاني التي يستصوبها بعد أن اطمأن إلى تعلقها بقوانين لم يعد يجوز لسلطة نهائية أن تنسرها، وأن تحكم عليها بعد تفسيرها لها.

وتلك عيوب تنجرد منها الرقابة اللاحقة، التي لا يتقيد الفصل في دستورتها بعد العمل بها بمدة جامدة حددها الدستور سلفاً، ولا بطبقة سياسية يكون بيدها وحدها حق النعي عليها بعدم الدستورية، حتى وإن جاز القول بأن المعارضة - على الأقل في الدول الديمقراطية - عنيها ألا

نظل القوانين الضعيفة قائمة، ولها بالتالي -ومن خلال الرقابة السابقة على هذه القوانين - مصلحة محققة في تثقيتها من شوائبها.

٣٣٢- على أن مشروع تعديل الدستور الذي يخول للشخص حق الطعن غير المباشر في القوانين المعمول بها، لم يظفر بالأغلبية البرلمانية المطلوبة لإقراره؛ ويقر بالتالي في مهده.

الفصل العشرون

الرقابة القضائية اللاحقة A posteriori أو القلمة Repressif

أولاً: مضمون الرقابة اللاحقة وأهدافها

٣٣٣- ويقصد بها الرقابة على القوانين بعد إصدارها، سواء كان القانون المطعون عليه معمولاً به في دولة بسيطة، أو صادراً في دولة مركبة. وهي بعد رقابة غايتها ضمان سيادة الدستور في كل الأوقات، فلا تنقيد مباشرتها بزمان دون آخر. وهي كذلك ضمان لحقوق الأفراد وحررياتهم من خلال فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لو بعد العهد على العمل بالقانون المطعون فيه.

ولئن قبل بأن صون سيادة الدستور وحقوق الأفراد وحررياتهم، هو ما تتوخاه كذلك الرقابة السابقة A prior، إلا أن هذه الرقابة عيبها أن كثيرين ينظرون إليها باعتبارها رقابة سياسية فسي طبعيتها^(١) وأن أجلاً قصيرة تحيطها، وأن الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها قبل إصدارها، يتعين أن يتم خلال آجال قصيرة، تخفض في حالة الاستعجال، فلا تتوافر لجهة الرقابة، المهلة الكافية لإمعان النظر فيها.

وهي بذلك رقابة لا تمبر أغوار هذه النصوص، ولا تتسحق جوانبها، حتى وإن ظل القانون المطعون عليه على ضوئها، موقوفاً إلى حين الفصل في دستوريته.

كذلك أن توجد الرقابة اللاحقة إلى جانبها. ذلك أن الرقابة السابقة تستنفد كل مراجعة قضائية للقوانين مطعماً، فلا يعاد النظر في دستوريته من جديد بعد العمل بها، بما يجعل هاتين الرقابتين غير متصور Inconciliable واحتمال تعارضهما قلماً.

فضلاً عن أن تسليط الرقابتين السابقة واللاحقة على النصوص القانونية ذلتها، يحمل فسي نتائجها مخاطر الفصل في مشروعيتها الدستورية على ضوء معايير مختلفة، خاصة وأن الرقابة السابقة لا تتعلق بمشروع قانون، ولكنها تتناول قانوناً أقرته السلطة التشريعية. ولم يبق غير إصداره ونشره في الجريدة حتى يكتمل وجوده قانوناً.

(١) Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Economica, 1985, p.86.

أما الرقابة اللاحقة، فإن موضوعها هو القانون بعد أن خيره التطبيق، وأظهر العمل صورا من الجوار فيه كانت خافية قبل العمل به. ومن ثم تنقسم الرقابة اللاحقة بمواجهتها للقانون المطعون عليه بعد أن دخل مرحلة التنفيذ، وتحدثت آثاره على مسعد تطبيقاتها العملية، وبأن للكافة نطاق مزاياها، أو قدر الأضرار التي ألحقها بالمخاطبين بها. ومن ثم تنقسم الرقابة اللاحقة بمرونتها وحيويتها بالنظر إلى مباشرتها وفق الحقائق المعاصرة وعلى ضوء القيم الجديدة التي تفرض نفسها على القوانين بعد إصدارها، ولو كان إعمال هذه القيم يُلغِض تلك التي كانت تحكم هذه القوانين وقت إقرارها.

ثانيا: أوجه النقد الموجهة للرقابة اللاحقة

٣٣٤- وما يقل من أن الرقابة اللاحقة بطيئة بطبيعتها، وأنها تدخل باستقرار أوضاع نظمته القوانين المعمول بها، مردود أولا: بأن المسائل الدستورية معقدة بطبيعتها بالنظر إلى تعدد عناصرها وتشابكها واتصالها بمصالح حيوية ينبغي وزنها بالتوسط بحتم مباشرتها في إطار نظرة هادئة تحيط بها.

مردود ثانيا: بأن قدم العهد على قوانين أطرد تطبيقها ربحا من الزمن، لا يجوز أن يصححها، ولا أن يحول دون مراجعتها^(١).

مردود ثالثا: بأن القوانين التي تطلها الجهة القضائية بعد العمل بها، تزول -عادة- كل الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرتد إلى لحظة ميلادها، ليستعيد الأفراد كامل حقوقهم التي أخلت

(١) من المقرر قانونا أن عنصر الزمن وحده لا يجوز أن يكون قيدا على الطعن بحكم دستورية القانون. فني كندا قضى بإبطال قانون بعد عشرين عاما من العمل به - Gerald A. Beaudoin, la Constitution du Canada, 2e tirage, révisé 1991, p. 170 وأبطلت محكمتها العليا القرارات القانونية المعمول بها في مقاطعة Manitoba منذ عام ١٩٨٥ بالنظر إلى صياغة موادها، لا باللغتين الفرنسية والإنجليزية -رغم اللغتين الرسميتين في كندا- بل بلغة واحدة هي اللغة الإنجليزية. ورغم إبطال المحكمة العليا لهذه القوانين جميعها إلا أنها أبقته قائمة لضمان استقرار الأوضاع المرتبطة بتطبيقها، على ألا يسالو الصل بها لفترة الزمنية التي حددتها هذه المحكمة، واللازمة كحد أدنى لترجمتها إلى هاتين اللغتين في آن واحد.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba. [1985] R.C.S. 721.

بها هذه القوانين، وكأنها لم تصدر. وهي بعد حقوق طبيعية لا نتقدم ولا يجوز النزول عنها أو إسقاط الحق فيها^(١).

٣٣٥- وقد كان إيلاء الاعتبار الخاص لحقوق الأفراد وحرياتهم، الخلفية التاريخية لنص المادة ٥٧ من الدستور الدائم المعمول به في مصر والتي تقضي بأن العدوان عليها يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية في شأنها بالتقدم. وهو ما يؤكد حقيقة أن هذا العدوان، خطير في نتائجه وأن إنهاء آثاره من فرائض الطبيعة الإنسانية لهذه الحقوق وتلك الحريات التي لا يجوز الإخلال بها، وإلا انفرط وجود الجماعة، وأحاط بها التمرد أو العصيان.

وإذا كان الدستور في مصر -من خلال نص المادة ٥٧ المشار إليها- قد جرم العدوان على حقوق الفرد وحرياته إذا كان الإخلال بها ولحقاً من خلال أعمال مادية، فإن ضماناتها من خلال تقويم أعوجاج القوانين التي تنظمها، يكون أولى بالزاوية ولحق بالحمائية.

ثالثاً: محل الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين

٣٣٦- محل هذه الرقابة أصلاً، هو النصوص القانونية جميعها أي كيان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الحقوق التي تتعلق بها. وقد تتناول هذه الرقابة أعمالاً لا تصدر عن السلطة في مواقعها المختلفة، ولكنها تتلون بردياتها لتظهر بمظهرها.

كذلك تفصل جهة الرقابة في دستورية النصوص القانونية، أو في الأعمال التي تأخذ حكمها، على ضوء أحكام الدستور بتمامها. وهذا هو الأصل. بيد أن نطاق هذه الرقابة وقد يتعلق بأجزاء بذواتها من الدستور، كذلك التي تتصل بتقسيم السلطة أو توزيعها، دون سواها. مثلاً هو

(١) تنص المادة الأولى من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية على أن كرامة الإنسان لا يجوز انتهاكها وتميمها الدولة، وأنه من أجل ذلك يؤكد الشعب الألماني احترامه لحقوق الإنسان وضمانه لهم جواز الإخلال بها أو النزول عنها كأسس لتكوين كل مجتمع، ولصون قضية السلم والعدالة في العالم. ونص هذه المادة يعني أن الكرامة الإنسانية مصدر حقوقه وحرياته جميعها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية الألمانية بوصفها كرامة الإنسان بأنها أعلى القيم الإنسانية، والغاية النهائية للنظام الدستوري، وأسس كل الحقوق التي يضعها القانون الأساسي لألمانيا.

الحال في محكمة التحكيم البلجيكية *la cour d'arbitrage* التي تنحصر ولايتها في الفصل في المسائل الدستورية المتعلقة بعملية تقسيم الاختصاص وتوزيعه فيما بين الدولة ووحداتها الإقليمية.

وتباشر بعض الدول كالبرتغال نوعي الرقابة على الدستورية، السابقة واللاحقة معا.

رأبما: خصائص الرقابة القضائية اللاحقة

٣٣٧- وفي الدول الفيدرالية، تخضع دساتير ولاياتها وتشريعاتها، لدستور الاتحاد وللوائح الاتحادية.

كذلك تنتم الرقابة اللاحقة بأن القرارات التي تصدرها الجهة التي تباشرها في شأن المسائل الدستورية التي تفضل فيها، لا تكون حجتها نسبية مقصورة على أطرافها *inter partes*، ولكنها تمتد إلى الدولة بكل أفرعها وتنظيماتها بما يجعل حجتها مطلقة *Iura omnes*.

وما يقال من أن قراراتها هذه قوة للقانون، محل نظر، ذلك أن جهة الرقابة لا تلغي قوانين قائمة، ولكنها تجرد القوانين التي تقضى بعدم دستورتها من قوة نفاذها، فلا يكون تطبيقها بعد ذلك متصورا.

خامسا: آثار الحكم بعدم الدستورية

٣٣٨- تنتم الرقابة اللاحقة كذلك، بأن القرار أو الحكم القضائي بعدم الدستورية الصادر عن الجهة القضائية، إما أن ينفذ اعتبارا من تاريخ صدوره *Ex tunc* (١)، وإما أن ينفذ اعتبارا من لحظة زمنية تالية لتاريخ صدوره *Pro futuro*؛ وإما أن يكون لقرار هذه الجهة أو للحكم الصادر عنها بإبطال نص قانوني، أثر رجعي. فلا يكون لهذا النص من وجود منذ إقراره *Ex tunc*. وهو ما ينبغي أن يكون الأصل في القرار أو الحكم الصادر بإبطال نصوص قانونية قائمة. ذلك أن إبطالها ليس صفة عارضة تلحقها، ولا هو بعنصر جديد يضاف إليها، وإنما هو تأكيد لحالتها التي كانت عليها ابتداء عند إقرارها *Ab initio*، وهي حالة يكشفها الحكم أو القرار بلا زيادة أو نقصان.

(١) يحتر الدستور النمساوي نموذجا للحكم بعدم الدستورية التي لا تسري إلا اعتبارا من اليوم التالي لتاريخ نشرها، أو على الأكثر بعد سنة من تاريخ هذا النشر

بيد أن الجهة القضائية قد تدخل من الأكثر الرجعي لحكمها أو لقرارها بإبطال نص قانوني لاعتبار يتعلق بيواعي العدل والاستقرار، وبناء على نص في الدستور أو في قانون إنشائها، فلا يكون هذا القرار أو الحكم رجعياً في كل الأحوال، بل يتغير نطاق مسريانه، خاصة إذا كان الدستور لا يتضمن حكماً في شأن الرجعية، سواء بحظرها أو باقتضاها.

وقد يخول الدستور للجهة القضائية بأن تقرر في حدود سلطتها التقديرية، إثراً رجعياً لحكمها بعدم الدستورية، مثلما هو الحال في النمسا بعد تعديل دستورها في عام ١٩٧٥. ولها كذلك أن تأمر في حدود سلطتها التقديرية، بأن تبقى نافذة، للقوانين التي ألغتها.

والقاعدة المنعول بها في ألمانيا الفيدرالية وأسبانيا والبرتغال، هي أن الحكم الصادر عن محاكمها الدستورية لأثر رجعي تلقائياً في نطاق النصوص الجنائية التي قضى بمخالفتها للدستور.

وتقرر المحكمة الدستورية الألمانية في بعض الأحيان أن الحكم بعدم الدستورية، بعدم النصوص المطعون عليها اعتباراً من لحظة ميلادها AB INITO.

وأحياناً أخرى تقتصر على مجرد تقرير عدم تطابق النص مع الدستور بما يوحي بمسريان حكمها اعتباراً من تاريخ صدوره^(١).

(١) ويتعين على كل محكمة ألمانية تقرير أن قانوناً فيدرالياً أو قانوناً لولاية لازم للفصل في القضية المطروحة عليها، قد صدر مخالف للقانون الأساسي، أن تحل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية. ولا يلزم بالتالي لإجراء هذه الإحالة، أن يكون أحد الخصوم قد أثار المسألة الدستورية المتصلة بالنزاع الموضوعي. بل يكفي لإجرائها اقتناع قاضي الموضوع بشبهة مخالفة قانون يرتبط تطبيقه بالنزاع المعروف عليه، للدستور.

ويتعين أن يوقع على قرار الإحالة، قضاة المحكمة الذين ولقروا عليه، وأن يرافق به بيان بالصلب القانوني المدعى مخالفته للدستور؛ ونص للدستور المدعى (إنداء) مع إيضاح الصلة القائمة بين النص المطعون عليه من جهة، والنزاع الموضوعي من جهة ثانية.

وللمحكمة الدستورية أن ترفض الفصل في المسألة الدستورية إذا بان لها أن اقتناع قضاة المحكمة المحلة بعدم دستورية القانون محل النزاع غير مبرر؛ أو أن النزاع الموضوعي يمكن الفصل فيه بغير الفصل في المسألة الدستورية المحالة إليها.

ويجب أن تمثل السلطة الفيدرالية في أعلى مسؤولياتها أو حكومة الولاية حسب الأحوال أمام المحكمة الدستورية الألمانية، وأن يتاح للخصوم الذين ظهروا في مراحل النزاع الأولى، تقديم مذكراتهم المكتوبة لموضوع وجهة نظرهم.

وفي البرتغال، يخول دستورها جهة الرقابة على الدستورية مرونة مطلقة تحدّ بها من رجعية أحكامها، سواء كان ذلك لمصلحة الاستقرار القانوني؛ أو لإعمال ضوابط تنسجم بإنصافها، أو لتحقيق مصلحة عامة^(١).

وهذه المرونة هي التي تكفل لجهة الرقابة على الدستورية مواجهة الأوضاع الواقعية القائمة، وتقرير ما يناسبها من الحلول التي تستصوبها في حدود سلطتها التقديرية. وهي سلطة زمامها بيدها، فلا يفرض أحد عليها أية قيود في شأن ممارستها.

(١) Albrecht Webber, le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe occidentale. Perspective comparative, Annuaire International de justice constitutionnelle, Economica, 1985 volume (1), pp. 51.57.

الفصل الحادي والعشرون

الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة

Abstract judicial Review

أولاً: مفهوم الرقابة المجردة

٣٣٩- وإذا كانت الرقابة بطريق الدفع، تعتبر وسيلة دفاع متاحة لكل خصم في نزاع موضوعي إذا ووجه بقانون يراد تطبيقه على هذا النزاع، وكان يراه مخالفاً للدستور؛ فإن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية لا شأن لها بنزاع موضوعي. وإنما هي في واقعها رقابة لمصلحة الدستور، شأنها في ذلك شأن صور الرقابة لمصلحة القانون المعمول بها في مصر فسي إطار الطعن بالنقض^(١). ذلك أن هذه الرقابة هي التي يحمل معها الطاعن قانوناً يراه مخالفاً للدستور إلى المحكمة الأعلى في بلده^(٢)، بالشروط المنصوص عليها في الدستور. وهي بذلك رقابة لها فعاليتها إذ يصير القانون بمقتضاها باطلاً عديم الأثر في مواجهة الكافة. ومن ثم يفيد المواطنون جميعهم من الحكم بإبطال هذا القانون؛ فلا يتجدد النزاع حوله من جديد.

يبدو أن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية، وإن كان مرغوباً فيها من الناحية القانونية باعتبارها قاطعة في دستورية القانون، ولا تقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيقه؛ إلا أنها تفرض محيطاً سياسياً هائلاً. وقد يتدخل البرلمان بقوانين دستورية لتعطيل أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية مثلما هو الحال في النمسا التي أعجز البرلمان محكمتها الدستورية عن العمل، وشل حركتها من خلال هذه القوانين.

(١) ولما نص المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات، بجواز للدائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الابتدائية -لما كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:
١- الأحكام التي يجز القانون الخصوم الطعن فيها
٢- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.
و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها الدائب العام. وتظهر المحكمة الطعن في ظرفية المشورة بغیر دعوة الخصوم.

و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن.

(٢) سواء كانت هذه المحكمة دلالة في نطق تنظيم جهة للقضاء العادي؛ أم كانت محكمة دستورية متخصصة.

فضلاً عن أن تخويل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية لكثيرين يفيدون منها، مؤداه تراحم القضاة وتراحمها على قضاء الشريعة الدستورية. فإذا قلل الدستور من فرص اللجوء إليها، حصد ذلك من فائدتها العملية، وقصر من فعاليتها.

٣٤٠- وبينما يشترط في بعض الدول للفصل في الخصومة الدستورية، أن تتعلق بنزاع من طبيعة حادة وحقيقية -لا متوهمة أو فرضية- فإن المحكمة الدستورية الألمانية قد تفصل في شكوك أو في تطاحن آراء حول دستورية قانون فيدرالي أو قانون صادر عن الولاية بناء على مجرد طلب يقدم إليها سواء من الحكومة الفيدرالية أو من حكومة الولاية أو من ثلث أعضاء البوندستاج، وهو الملطة التشريعية المركزية. ولكل من هؤلاء -وقد صاروا أطرافاً في الخصومة الدستورية- أن يطرحوا من خلال مذكراتهم المكتوبة، وجهة نظرهم في شأن القانون المطعون عليه. وقد يماندونهم بمرافعتهم الشفهية التي تقبلها المحكمة خلافاً للأصل في إجراءاتها.

وتفصل المحكمة في دستورية القانون المعروض عليها على ضوء ضوابط موضوعية لا تحاز فيها لا إلى حقوق شخصية يطلبها أفراد منها، ولا إلى وجهة نظر الجهة التي كان الطلب المقدم منها إلى المحكمة الدستورية، محرراً للطن في دستورية القانون؛ وإنما تنحصر مهمة هذه المحكمة في أن تستخلص بنفسها معاني الدستور وتطبقها على القانون المعروض عليها.

وهي تباشر في هذا الإطار حرية تقصى كل واقعة كل لها أثر في تشكيل هذا القانون، وكذلك كل حجة ودفاع يتصل به.

ثانياً: أهمية الرقابة المجردة أو ضرورتها

٣٤١- وتبدو أهمية هذه الرقابة وحيويتها في أن الطعن في القانون، ما أن يتصل بالمحكمة الدستورية حتى يصير النزول عن هذا الطعن غير جائز إلا بإنهائها. وهو ما يعضد استقلالها ويجعلها متحدتاً باسم الجماهير، ولمصلحتهم، حين تدعوها الضرورة إلى ذلك^(١).

والرقابة القضائية المجردة بعض تطبيقاتها كذلك في دول كإيطاليا. وبغض النظر عن أوجه النقد الموجهة إليها والتي تتمثل في تكس القضاة وتراحمها أمام قضاء الشريعة الدستورية،

(١) Donald P. Kammsers. The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany 1997, p. 13-14.

وإغراقهم بالتالى فى فيض من القوانين التى يكلفون بالفصل فى دستورتها، وفى أنها قد تكون مدخلا إلى عرض طعون بعدم الدستورية لا قيمة لها، أو تحركها للنزوة الشخصية، إلا أن هذه الصعوبة يمكن حلها من خلال تشكيل لجنة داخل المحكمة الدستورية العليا تكون مؤلفة من ثلاثة من قضاتها، يفحصون ما يكون من هذه الطعون جنياً، شأنهم فى ذلك شأن دوائر فحص الطعون فى الدرجة الأعلى من المحاكم، وشأن محكمة الموضوع ذاتها التى تقوم بتصفية الدفوع بعدم الدستورية التى تثار أمامها، فصلاً فى جديتها من وجهة نظر أولية.

ثالثاً: نزاهة الرقابة المجردة أو فولدها

٣٤٢- وتظل الدعوى الأصلية -بعد تحديد نطاقها على النحو المتقدم- أكثر اقتراباً من حقيقة المهام التى يتولاها قضاء الشريعة الدستورية. ذلك أن الدستور ما أقامهم على مباشرة ولايتهم هذه إلا لضمان سيادة الدستور من خلال إبطال النصوص القانونية التى تتعارض أحكامه، وهى بذلك ضمان مطلق للشريعة الدستورية من أوجه عديدة أهمها:

أولاً: أن القوانين التى تبطلها الرقابة المجردة، يزول كل أثر لها، فلا يبقى لها مكان فى الحياة القانونية. وذلك على نقض الرقابة بطريق الدفع التى يقتصر أثرها -أصلاً- فى بعض الدول -كالولايات المتحدة الأمريكية- على إبطال القانون المناقض الدستور فى مجال تطبيقه بالنسبة إلى المدعى فى الخصومة الدستورية As applied to the respective party.

ثانياً: أن الرقابة المجردة تطوّر بالقيم التى احتضنها الدستور إلى حد فرضها على كل قانون يخالفها. وهى قيم لا يجوز تطبيق نفاذها على خصومة موضوعية ترتبط بها الخصومة الدستورية، بما يجعل المصلحة الشخصية المباشرة دائرة بين هاتين الدعويتين^(١). وهى مصلحة لا تحركها غير الأضرار الشخصية والمباشرة التى ألحقها القانون المطعون فيه بالمدعى فى الخصومة الدستورية. فلا تكون هذه الخصومة غير طريق لرد هذه المضار.

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا فى قضاء مطرد بأن المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية هى التى ترتبط عقلاً بالمصلحة فى الدعوى الموضوعية بحيث يؤثر الحكم فى الدعوى الدستورية فى الحكم فى الدعوى الموضوعية.

ثالثاً: أنه وإن جاز القول بأن السلطة القضائية بكل أفرعها، لا تفصل في غير خصومة قضائية يتغيا المدعى برفعها الحصول على منفعة يقرها القانون حتى لا تتخذ موطناً للدفاع عن مصلحة نظرية عقيمة لا طائل من ورائها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إنكارها، هي أن السلطة القضائية لا تميل بوجه عام إلى عرض المسائل الدستورية على قضاء الشرعية الدستورية الذين تنظر إليهم السلطة القضائية وكأنهم غرباء يقتحمون محرابها لانتقاص ولايتها. وتلك جميعها مخاطر لا تكفيها إلا الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي لا تحركها المصلحة الشخصية والمباشرة، وإنما توجهها المصلحة في ضمان سيادة الدستور، وهي مصلحة حقيقية وموضوعية.

هي مصلحة حقيقية لأن سيادة الدستور تمثل الضمان النهائي لخضوع الدولة للقانون بما يكفل ديموقراطية تصرفاتها.

وهي مصلحة موضوعية، ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يطبقون قواعد ترك الخصومة على المسائل الدستورية التي تنثيرها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإنما يظل هذا الفصل بأيديهم بوجهونها، وفق قواعد محايدة في مضمونها، ولأغراض يظنها الدستور بالحماية، وبمعايير لا تخالفها النزعة الشخصية للخصوم في الدعوى الدستورية.

رابعاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٣٤٣- أطرّد قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن المشرع لم يجز الدعوى الأصلية بعدم الدستورية كطريق للطعن على دستورية النصوص القانونية.

وهي تؤيد وجهة نظرها هذه بنص المادة ٢٩ من قانونها التي تعلق اختصاصها بالفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، على إحالتها إليها مباشرة من محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو على تقدير هذه المحكمة أو الهيئة، جديّة دفع بعدم دستورية نص قانوني يرتبط الفصل في دستوريته، بالنزاع المعروض عليها^(١). فإذا لم تطرح هذه المحكمة أو الهيئة

(١) دستورية عليا القضية رقم ٤١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ - مساعدة رقم ٧ صفحة ١٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤٢ لسنة ١٩٩٦ "دستورية" - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٥ - ص ١١٨٦ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢٠ لسنة ١٩٩٦ "دستورية" - جلسة ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٣ - ص ١٢٥٢ من الجزء الثامن.

برفع الدعوى الدستورية أو لم تحلها بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو كان النص القانوني، قدم مباشرة من الطاعن إلى هيئة المفوضين بهذه المحكمة، فإن دعواه في ذلك تتحل إلى طعن مباشر على هذا النص ليأخذ شكل نزاع مع هذا النص بقصد إهدار أثره مما يتعين معه الحكم بعدم قبول دعواه^(١).

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٦٨ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٩ من ٩٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ انظر كذلك ذات المبدأ في القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١ من ١٢٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

الفصل الثاني والمشرون

الرقابة القضائية على الدستور في مصر

أولاً: طرائق هذه الرقابة

٣٤٤- حدد قانون المحكمة الدستورية العليا طرقاً ثلاثة لاتصال الخصومة بها وفقاً لقانونها. وهذه الطرائق جميعها منصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها. وتصيلها كالآتي:

أولاً: طريق الإحالة المباشرة للمسائل الدستورية من أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، إلى المحكمة الدستورية العليا. وذلك وفقاً لحكم البند أ من المادة ٢٩ من قانونها. ويتعين أن يكون الفصل في المسائل الدستورية المحالة إليها، لازماً للفصل في النزاع المعروض على المحكمة أو الهيئة المحلية.

ثانياً: أن تقرر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، جدية دفع بعدم دستورية نص قانوني يتعلق بالنزاع المعروض عليها ويكون لازماً للفصل فيه. ويتحدد نطاق الدعوى الدستورية بالحدود التي قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية الدفع الذي طرحه الخصم عليها. وترخص هذه المحكمة أو الهيئة برفع الدعوى الدستورية بناءً على السلطة المخولة لها بمقتضى البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: أن تواجه المحكمة الدستورية العليا بنفسها مسائل دستورية تعرض لها بمناسبة مباشرتها لاختصاص مفول لها وفقاً لقانونها، إذا كان الفصل في هذه المسائل يتصل بنزاع قائم معروض عليها، ويؤثر في نتيجته. وذلك عملاً بنص المادة ٢٧ من قانونها.

ثانياً: اتصال هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور

٣٤٥- وتتعلق هذه الطرائق جميعها بالفصل في المسائل الدستورية دون غيرها، بوصفها جوهر الرقابة التي تبشرها المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها. كذلك تتصل هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور، ذلك أن الخصومة الدستورية التي تقوم في جوهرها على مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور، بالقيود التي فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية. ومن ثم تكون

هذه النصوص ذاتها هي موضوع للخصومة الدستورية، فلا يكون إهدار هذه النصوص بقدر تعارضها مع الدستور، غير تحقيق للغاية التي تبتغيها هذه الخصومة.

ثالثاً: حدود هذه الرقابة

٣٤٦- ولا يجوز أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تحقيق واقعة يدخل إثباتها أو نفيها في اختصاص محكمة الموضوع، ولو خالفها للقانون، كالفصل فيمن يعتبر قانوناً متمتعاً بالحق في الملكية، وفيما إذا كانت المرأة المعقود عليها حل لمن تزوجها، وما إذا كان الشقاق بين الزوجين قد استتقل أو ما إذا كان موبوء بمعاشره الرجل لزوجها، لا يليق بمثلها.

وتفصل المحكمة الدستورية العليا بنفسها في اتصال الخصومة الدستورية بها وفقاً لقانونها. وفصلها في ذلك سابق بالضرورة على تناولها للمسائل الدستورية موضوعها^(١).

وليس لمحكمة الموضوع أن تقدم نفسها في تولي شرائط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا أو تطلبها^(٢) ذلك أن قانونها ناطق بها وحدها التحق من توافر الشروط التي لا تقبل الخصومة الدستورية إلا بولوجها، وذلك في المادتين ٢٧ و ٢٩ من هذا القانون.

ولئن صح القول بتعلق أحكام الدستور بالنظام العام. إلا أن الاحتجاج بنص في الدستور في مجال خصومة قضائية، يفترض أن تكون هذه الخصومة مستوفية ابتداء شرائط قبولها.

ولا يجوز بالتالي الخلط بين شروط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفق الأوضاع المنصوص عليها في قانونها من جهة، وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها من جهة ثانية. ذلك أن المشرع ما قرر شروط التداي أمام المحكمة الدستورية العليا إلا لمصلحة جوهرية قهرها. وهي مصلحة لا يجوز التفريط فيها أو التهرب منها. وليس من شأن تولي شروط قبول الخصومة الدستورية، أن يكون مجرد رقعها موقفاً سريران النصوص

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥ لسنة ١٤ قضائية "منزعة تنفيذ" - جلسة أول يناير ١٩٩٤ - مساعدة رقم ٢ - ص ٧٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ - المساعدة رقم ٢٤ - ص ٢٧٧ وما بعدها من الجزء السادس.

القانونية المطعون عليها، ذلك أن وقفها يفيد بالضرورة إرجاء العمل بها، حال أن الأصل في هذه النصوص -حتى بعد الطعن عليها بمخالفتها الدستور- هو افتراض صحتها، ويظل تطبيقها لازماً ما لم تجردها المحكمة الدستورية العليا من قوة نفاذها، بما موداه أن النصوص القانونية التي لا يطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن يكون سريانها مترخياً، ولا العمل بها موقوفاً^(١).

رابعاً: الدعويان الموضوعية والدستورية -حدود الصلة بينها

٣٤٧- وتقتضى الطريقتان الأولى والثانية من طرق لائق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها، أن قراراً صدر عن أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بأن للنصوص القانونية التي تحكم النزاع المطروح عليها، تحيوطاً شبهة عدم الدستورية، وأن هذه الشبهة لها وجه، ويتخذ هذا القرار صورة ترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال أجل معين، ويصدر هذا الترخيص عن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعد دفع بعدم الدستورية بطرح عليها، ما لم تقرر هي بنفسها إحالة المسائل الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا.

ويصدر القرار في الصورتين المتقدمتين بناء على شبهة تنشئ بها النصوص المطعون عليها من ظاهر وجهها، وهي شبهة لا يتعمق معها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، فسي حقيقة النصوص المطعون عليها فضلاً في صحتها أو مخالفتها للدستور.

ولنما تقوم هذه الشبهة إذا بأن من ظاهر هذه النصوص، أنها مخالفة للدستور، ولئن صح القول بأن المحكمة الدستورية العليا -في هاتين الصورتين- لا تستهض بنفسها الخصومة الدستورية لأنها تأتي إليها على قدميها من محكمة أو هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي، إلا أن الخصومة الدستورية تستغل في شرائط قبولها، وفي موضوعها، عن الخصومة الموضوعية، فبلا تتدخلان أو تمتازان، وإن كان للحكم الصادر في المسائل الدستورية، يؤثر بالضرورة في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع.

٣٤٨- وتلك هي الصلة الوحيدة بين هاتين الدعويتين. وفيما وراء هذه الصلة، تظل لكل من هاتين الدعويتين ذاتيتها، ولا يجوز لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تنزع

(١) ص ٢٨٨ وما بعدها من الحكم السابق.

الخصومة الدستورية من المحكمة الدستورية العليا بعد دخولها في حوزتها ولا أن تمنعها من نظرها بقرار من جهتها.

ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون أن تفصل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي في النزاع المطروح عليها قبل أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها في شأن النص القانوني الواجب تطبيقه في هذا النزاع وهو ما يفيد لزوماً تطبيق الفصل في أولاهما على ثانيتهما^(١).

٣٤٩- على أن امتناع الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، يفترض قيام وجه للفصل في المسائل الدستورية. ويعتبر هذه الوجه منطبقاً في الأحوال الآتية:

* زوال المصلحة في الخصومة للدستورية بعد رفعها أو نخلها أصلاً. إذ يتعين أن يتوافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذه الخصومة ليس فقط وقت رفعها، وإنما كذلك عند الفصل فيها.

أن تكون الدعويان الموضوعية والدستورية قد اتجهتا معاً إلى مجرد الطعن على بعض النصوص التشريعية بغية تقرير عدم دستوريتهما؛ إذ تكونان عندئذ متحنتين محللاً، لاتجاه أولاهما إلى مسألة واحدة يلحصر فيها موضوعها، هي الفصل في دستورية النصوص التشريعية التي حددتها. وهي عين المسألة التي يقوم بها موضوع الدعوى الدستورية. واتحاد هاتين الدعويين في محليهما، مؤداه أن محكمة الموضوع لن يكون لديها ما تجل فيه بصرها بعد أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية النصوص المطعون عليها سواء بتقرير صحتها أو بطلانها. وبالتالي لن يكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية. إذ ليس ثمة "موضوع" يمكن إزلال القضاء الصادر في المسألة الدستورية عليه^(٢).

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٩٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٤/٣/٥ -قاعدة رقم ٢٠- ص ٢١٣ وما بعدها من الجزء الخامس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٣/١/٢- قاعدة رقم ١١ -ص ١٢٤ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

* أن تحل أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي مسألة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو تقدر بنفسها جدية دفع بعدم الدستورية أثراً أمامها، ثم يظهر لها أن المسألة الدستورية عنها قد تناولها قضاء سابق قطعي من المحكمة الدستورية العليا، إذ يتعين عليها عندئذ، إعمال هذا القضاء. ذلك أن تطبيقها لحكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد لا يدخل فقط في اختصاصها، بل هو كذلك واجبها.

* أن يتخلى الخصم عن دعواه الموضوعية أو عن دفع بعد الدستورية كان قد أبداه لثبثه نظراً وقد قررت محكمة الموضوع جديته. وتثير هذه الحالة صعوبة مردّها أن التخلي عن الدعوى الموضوعية أو عن الدفع للمثار أثناء نظرها، مؤداه استباق قضاء المحكمة الدستورية العليا في المسألة الدستورية التي تتصل بالدعوى الموضوعية. وهو ما لا يجوز. ذلك أن اتصال الدعوى للموضوعية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، يجعل هذه الدعوى في قبضتها ولا يجوز أن يخرجها منها عمل يصدر عن المدعي في الدعوى الموضوعية، خاصة وأن هذا العمل كثيراً ما يكون نتيجة ضغوط تعرض لها. فضلاً عن أن جواز النزول عن الخصومة الدستورية بعد رفعها، يفترض الطبيعة الشخصية للمسائل الدستورية التي تتعلق بها هذه الخصومة وهو ما يناقض حقيقتها على تقدير أن حكم الدستور بشأنها يؤثر بالضرورة في مضمون القاعدة القانونية التي يلغى تطبيقها على النزاع الموضوعي وهو أمر يتعلق بالنظام العام.

وكلما وجه المدعي خصومته الدستورية مبتغياً بها الفصل في مسائل من طبيعة دستورية فإن دوره بعد إثارتها من خلال هذه الخصومة، يعتبر منتهياً. وهو ما تؤكد الطبيعة العينية لهذه الخصومة التي لا تحكمها قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قانون المرافعات. وليس في بقاء الخصومة الدستورية حتى بعد نزول المدعي عن دعواه الموضوعية أو عن الدفع بعدم الدستورية، ما يخلطها بالدعوى الأصلية بعدم الدستورية. إذ لا تزال الصلة قائمة بين الدعويين الدستورية والموضوعية. بما مؤداه أن المدعي في الخصومة الدستورية وإن كان يحركها، إلا أن مصيرها ينبغي أن يكون بيد المحكمة الدستورية العليا. ولا حق لمن رفعها في أن يقرر بقاءها أو زوالها.

خامساً: الآثار المترتبة على دخول المسائل الدستورية

فى حوزة المحكمة الدستورية العليا

٣٥٠- تكفل المسائل الدستورية فى حوزة المحكمة الدستورية العليا سعمالاً بنص المادة ٢٩ من قانونها- عن أحد طريقتين:

أولهما: ما ينص عليه البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون، من تخويل أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى السلطة التى تحيل مباشرة بها إلى المحكمة الدستورية العليا، للنصوص القانونية التى تقرر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن توقف السير فى النزاع المعروض عليها، وأن تحيل أوراؤه إلى المحكمة الدستورية العليا بغير رسوم قضائية^(١). وهى تحيل إليها هذه الأوراق سواء لفت خصم فى هذا النزاع نظرها إلى المخالفة الدستورية، أم كانت هى التى تبينتها من تلقاء نفسها.

ثانيهما: أن ترخص أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى لخصم دفع أمامها بعدم دستورية نص قانونى سيجد تقديرها لجنية هذا الدفع- بأن يقيم خلال أجل تحدده دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا. وعليها فى هذه الحالة سعمالاً بنص البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تؤجل النزاع المعروض عليها حتى تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا، وذلك فى الحدود التى قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص للقضائى جنية الدفع الذى كان مطروحاً عليها.

وسواء تقرر تأجيل النزاع الموضوعى فى الحالة المنصوص عليها فى البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أم تقرر وقفه فى الحالة المنصوص عليها فى البند (أ)، فإن تأجيل النزاع الموضوعى أو وقفه يتحدان معاً فى نتيجة بذاتها، هى أن يكون للفصل فى النزاع الموضوعى مطلقاً وجوباً على قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومتراخياً بالضرورة إلى حين صدوره.

(١) علة إعفاء الخصوم من الرسوم القضائية، أن محكمة الموضوع هى التى أحلت المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.

ذلك أن الفصل في النزاع الموضوعي قبل الفصل في الخصومة الدستورية، هدم للصلة الوثقى بين نزاع يتعلق بالحقوق من جهة إثباتها ونفيها؛ وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها على هذا النزاع.

وإذا كان الفصل في الحقوق من اختصاص محكمة الموضوع، فإن عليها أن تترص تحديد المحكمة الدستورية العليا للقاعدة القانونية التي ينبغي أن تطبقها على هذا النزاع. وهى قاعدة تستخلصها المحكمة الدستورية العليا من خلال فصلها في الخصومة الدستورية.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي سابقا عليها. إذ ليس للمحكمة أو للهيئة ذات الاختصاص القضائي التي قدرت -ابتداء- مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور أن تطبقها -انتهاء- على النزاع المطروح عليها، وإلا كان ذلك عدوانا على المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لجهة أيا كان موقعها أن تمنعها من مباشرة ولايتها.

سادسا: الآثار المترتبة على الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية

٣٥١- مودى الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية، أن يكون الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية، مؤثرا في النزاع المرتبط بها والمعروض على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي؛ وتعين بالتالي أن يظل هذا النزاع قائما عند الفصل في الدعوى الدستورية، وإلا فقد الحكم الصادر فيها جدواه. وينبغي أن يلاحظ أن الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، موداه:

أولا: أن تتحدد بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرتبة الحقوق النظرية محددة الأهمية التي لا ترتجى منها فائدة عملية.

ثانيا: تعطيل سيادة الدستور التي يتمثل مظهرها في مجال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، في إهدار النصوص القانونية المخالفة للدستور بما يحول دون تطبيقها في نزاع قائم. وتلك مهمة لا تقوم بها إلا المحكمة للدستورية العليا التي خولها الدستور والمشرع اختصاص تجريد النصوص القانونية التي تخل بأحكامه من قوة نفاذها.

ثالثاً: أن الظن بعدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية، وما يتوخاه الطاعن من إبطال النص القانوني المطعون عليه، لا يزيد على إلغاء وجوده كيلا يطبق في النزاع للتلزم أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي مثل أمامها؛ فإذا لم يحصل في هذا النزاع على الترضية القضائية التي قام بموجبها، أو حصل عليها قبل أن تحدد المحكمة الدستورية العليا، النص للقانوني الواجب تطبيقه في ذلك النزاع؛ كان ذلك تجريداً للحق في التقاضي من الفائدة العملية التي يستهدفها، بما يخل بنص المادة ٦٨ من الدستور، ويهدر مبدأ خضوع الدولة للقانون المقرر بنص المادة ٦٥ من الدستور ويحطل ولاه السلطة القضائية في مجال صونها لحقوق المواطنين وحرياتهم^(١).

نابعاً: الحق المقرر للمحاكم جميعها في اللجوء لنص المادة ٢٩

من قانون المحكمة الدستورية العليا

٣٥٢- لكل محكمة ولكل هيئة ذات اختصاص قضائي (إعمالاً منها للبلدين أ و ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تقرر بصفة مبدئية، دستورية النصوص القانونية التي تحكم النزاع المعروض عليها، وأن تحيل هذه النصوص بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا إذا رأت على هذه النصوص ما يشي بمخالفتها للدستور أو أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستورتها بأن يقوم بدعواه الدستورية خلال أجل تحدده، إذا ظهر لها أن هذه النصوص لها من وجهها ما يظاهر بمخالفتها للدستور.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو التي تقرر هذه المحكمة أو الهيئة جدية الدفوع التي تستهدفها، لا يدخل الفصل فيها في ولايتها، وإن كان الفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها يرتبط بالفصل فيها.

وهي بذلك -وفي حقيقتها- من المسائل الأولية التي يجوز تطبيق الفصل في النزاع على الفصل فيها. وليس لها بالتالي من شأن لا بالدفوع الشكلية ولا بالدفوع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة محكمة للنقض.

(١) ص ٢١٨ و ٢١٩ من الحكم السابق.

ذلك أن محكمة النقض وإن قصر القانون المنظم لولايتها على الفصل في مسائل القانون وحدها، إلا أن تعييدها حكم القانون على أجزاء الحكم المطعون عليها، لا ينفصل عن تعييدها بالدستور، وهو القانون الأعلى أو هو قانون القوانين جميعها.

ويؤيد ذلك أن المسائل الدستورية جميعها تستهض نطاق التطبيق أو التعارض بين نصوص القانون التي تحكم النزاع المطروح عليها، وحكم الدستور. وهي تقدر حدود هذا التطبيق أو التعارض من منظور الدلالة الظاهرة للنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، شأنها في ذلك شأن المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعها.

ولا تعتبر المسائل الدستورية بالتالي واقعا تتحراه محكمة الموضوع أو محكمة النقض. ولا هي بقانون يخلط بواقع لم تحققه محكمة الموضوع وتقول كلمتها فيه. وإنما تثير هذه المسائل حكم الدستور في شأنها، وهي بذلك وثيقة الصلة بمهمة تطبيق القانون التي تقوم عليها محكمة النقض. ومن ثم تكون هذه المحكمة مخاطبة بنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن غيرها من المحاكم على اختلافها^(١).

ثامنا: للشرطان اللازمان لعرض المسائل الدستورية

على المحكمة الدستورية العليا

٣٥٣- وإذ تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي جدية دفع بعدم الدستورية أشير أمامها، أو تحويل بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية التي ارتأتها مخالفة للدستور، فإن عليها في الحالتين أن تتقيد بأمرين:

أولها: أن تكون النصوص القانونية المقول بمخالفتها للدستور، مؤثرة فسي حل النزاع المعروف عليها. فإذا لم تكن لها به صلة، أو كانت صلتها بالنزاع غير مؤثرة في نتيجته، لم تجز إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو قبول دفع بعدم الدستورية يتعلق بها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٤/٧/١٢ -قاعدة رقم ١٨- ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ وكذلك القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٨٣ ص ١١١٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ -قاعدة رقم ٣١ ص ٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثانيهما: أن يدل ظاهر النصوص المطعون عليها، على أن عوار مخالفتها للدستور قائم بها. وليس ذلك غير تقدير مبدئي لقيام هذا العوار بها *Prima facie* ولا يعتبر بالتالي حكما قطعيا نهائيا أو باتا بمخالفتها للدستور. وإنما يظل التحقق من قيام هذه المخالفة أو تخلفها بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها.

ولئن جاز القول بأن التقدير الأولي لعوار اتصال بالنصوص القانونية التي تحكم النزاع، هو مما يدخل في إطار السلطة التقديرية لكل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي؛ وكان من المعمل كذلك أن مضيقا في نظر النزاع المعروض عليها بعد الطعن في دستورية النصوص القانونية اللازمة للفصل فيه، يفيد ضمنا رفضها للطعن. الموجهة إلى هذه نصوص^(١)؛ إلا أن من المقرر كذلك أن دخول الخصومة الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية العليا بأحد الطريقتين المنصوص عليها في البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، مؤداه اتصال هذه الخصومة بها، وامتناع إخراجها من ولايتها، ولو طعن أمام محكمة أعلى في القرار الصادر بإحالة المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو في الترخيص برفعها إليها. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا، ما يأتي:

"إن ولايتها في الرقابة القضائية على النصوص القانونية أساسها المباشر نصوص الدستور. وقد حدد قانون هذه المحكمة - ويتفويض من الدستور - طرقا ثلاثة لاتصالها بالدعوى الدستورية من بينها الإحالة بحكم محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، ولا يمكن الحكم - حال صدوره - صورا لمطوية من صور الحكم بوقف الدعوى تحليقا بالمنصوص عليها في قانون المرافعات، والتي يجوز بمقتضاها الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المدهى للخصومة الموضوعية بتمامها، ذلك أن أحكام قانون المرافعات لا تسرى - كأصل عام - إلا بالقر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولازم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي، يمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له، بما مؤداه، أن المحكمة للدستورية العليا، يتحكم

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

عليها وجوباً النظر في دستورية هذا النص؛ ولو كان قد ألغى أمام محكمة الطعن - رغم عدم جواز ذلك - وإلا كانت متسلبة في اختصاص نيط بها، ولرأيت شبهة إنكار العجالة على تسليبها هذا^(١).

تاسعا: خصائص الدفوع بعدم دستورية النصوص القانونية^(٢)

٣٥٤- تتصل الدفوع بعدم الدستورية بتحديد القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في نزاع من طبيعة قضائية. وتتبعها أطراح النصوص القانونية التي يفترض تطبيقها فيه، وذلك من خلال فرض كلمة الدستور في هذا النزاع وتغليبها على ما سواها. وتنقسم هذه الدفوع بالخصائص الآتية بيانها:

أولاً: أنها لا تعرض مباشرة على المحكمة الدستورية العليا، وإنما يكون طرحها من خلال محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بما في ذلك محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين ١٦ و ٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا، التي تحولها أولهما: الفصل في شئون أعضائها - الحاليين والسابقين - سواء تعلق الأمر بمرتباتهم أو معاشاتهم أو مكافآتهم التي يستحقونها هم أو ورثتهم وكذلك الفصل في طلباتهم بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على طلباتهم هذه، وتقتضى ثانيتهما: بمرئى هذه الأحكام ذاتها على أعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا.

وتتصل المحكمة الدستورية العليا في كل ما تقدم بوصفها محكمة موضوع، بما يخول أعضائها الحاليين أو السابقين، وكذلك أعضاء هيئة المفوضين، أن ينازع في دستورية النصوص

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية دستورية - جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ - قاعدة رقم ١٠٨ - ص ٩٠٧ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٧/٢٢ - قاعدة رقم ٢٦ - ص ٣٩٦ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٨ - ص ٢٧٠ من الجزء الثامن.

القانونية التي تحكم موضوع طلبه، وسواء كان هذا الطلب قائماً على إلغاء قرار صادر في شأنه، أو التعويض عن هذا القرار، أو هما معاً، أو على إجراء تسوية مالية للحقوق التي يدعيها.

ولأن المحكمة الدستورية العليا تعتبر في هذا النطاق محكمة موضوع، فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يجوز أن يطرح أمام هيئة المفوضين بها.

ثانياً: أن تقدير المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لجدية دفع بعدم دستورية، ليس فصلاً بقضاء قطعي في المسألة الدستورية التي تعلق الدفع بها. ويعتبر قرار ضملياً بقبول الدفع بعدم الدستورية، إرجاء المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي الفصل في النزاع المطروح عليها إلى أن يقدم من أثار الدفع أمامها ما يدل على رفع دعواه للدستورية، وكذلك تعليق حكمها على الفصل في المسائل الدستورية التي اتصل بالدفع بها.

ثالثاً: وتستقل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي أثار الدفع أمامها، بتقدير جديته. ومناطها ما تدل عليه النصوص القانونية المطعون عليها من وجهها، وليس بالنظر إلى أعماقها، أو بتعبير آخر علي ضوء ظاهر هذه النصوص أو صورتها الخارجية لا حقيقتها لداخلية^(١).

رابعاً: وتحدد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مهلة للخصم الذي طرح عليها الدفع بعدم الدستورية بما لا يجاوز ثلاثة أشهر يبدأ حسابها من اليوم التالي لتقدير جدية الدفع. ومن ثم تعتبر الأشهر الثلاثة هذه، حداً أقصى لرفع الدعوى الدستورية. فإذا جاوزها الخصم تعين الحكم بعدم قبول دعواه. وإذا جاوزتها محكمة الموضوع نفسها، تعين إقصاء المدة التي حددتها إلى ما لا يزيد على الأشهر الثلاثة التي تعتبر حداً نهائياً لرفع الخصومة الدستورية.

(١) انظر في ذلك: القضية رقم ١ لسنة ١٣ قضائية دستورية- جلسة ٦ يناير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢١- ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٦ ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ١٢/٢/١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ ص ١٧٢ وما بعدها من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٨٣ ص ١١٥٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ ق دستورية- جلسة ١٥/٣/١٩٩٧- قاعدة رقم ٣١ ص ٤٩٠ من الجزء الثامن.

خامساً: أن الحكم بعدم قبول هذه الخصومة الدستورية لرفعها بعد الأشهر الثلاثة المشار إليها، لا يمنع الخصم من أن يثير من جديد هذا الدفع أمام ذات المحكمة التي أثير الدفع أمامها ابتداءً، إذا كان النزاع لازماً مطروحاً عليها، وإلا فأمام المحكمة التي تعلوها إذا انتقل النزاع إليها. ذلك أن ميعاد الثلاثة الأشهر ليس من مواعيد السقوط لئلا يجوز وقفها ولا يتعلق انقطاع بها حتى يكفل المشرع جريانها دون عائق إلى أن تكتمل مدتها.

وأية ذلك أن مواعيد السقوط هي التي يحدد المشرع بدايتها ونهايتها وكذلك الواقعة المجرية لها. ولا كذلك الترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال ميعاد معين، ذلك أن المحكمة هي التي تحدد بنفسها بداية هذا الميعاد ونهايته، وإن تعين خفض المدة التي حددتها لرفعها إذا زاد مقدارها على ثلاثة أشهر، وبما لا يجاوزها^(١).

سادساً: وإذا ما حدد القاضي للخصم ميعاداً لرفع دعواه الدستورية، تعين أن يلتزم الخصم به، فلا يفاضل بين ميعاد حده للقاضي وبين مهلة الثلاثة الأشهر التي فرضها المشرع كحد أقصى لرفعها، ليختار أطولهما. وإنما عليه أن يتقيد بالمهلة التي حددها للقاضي لرفعها، ولو كانت أقل من مهلة الأشهر الثلاثة المشار إليها^(٢).

سابعاً: لا يجوز للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن تمنح الخصم الذي أثار الدفع بعدم الدستورية مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة القديمة ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول.

(١) القضية رقم ٦٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ - قاعدة رقم ٢٥ - ص ٣٩٠ وما بعدها من الجزء الثامن، وكذلك القضية رقم ٧٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٤/٥ - قاعدة رقم ٥٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦١ ص ٩٠١ وما بعدها من الجزء الثامن. ويلاحظ أن أية مهلة تحددها المحكمة للخصم لرفع الدعوى الدستورية لا تسري في حقه إلا إذا كان علمه بها يقيناً.

(أنظر في ذلك القضية رقم ١١ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٩٠ - ص ١٢٣١ من الجزء الثامن).

فإذا صدر قرارها بالمهلة الجديدة بعد انقضاء الموعد الأول، اعتبر هذا القرار مجرداً من كل أثر^(١).

ثامناً: يتحدد نطاق الخصومة الدستورية بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي وفي الحدود التي تقدر فيها جدّيته. ولا تقبل الخصومة الدستورية بالتالي فيما يجاوز نطاق النصوص القانونية المنفوخ بمخالفتها للدستور.

على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها، ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تعتبر وحدها مطروحة على المحكمة الدستورية العليا في حالتين:

أولاهما: أن ترتبط النصوص القانونية المطعون عليها عقلاً بنصوص أخرى غير مطعون عليها، فلا يكون تضام هذه النصوص إلى بعضها غير تعييز عن تكاملها، وهو ما يتحقق على الأخص إذا كان الفصل في النصوص المطعون عليها وحدها لا يحقق نتيجة عملية للطاعن. ومن ثم تؤخذ معها وإلى جانبها النصوص القانونية التي تعطى للنصوص المطعون عليها معانها.

ومن ذلك أن لكل جريمة عقوبتها. فإذا طعن خصم في نصوص التجريم، تعين أن يتحدد نطاق هذا الطعن ليس فقط على ضوء تلك النصوص؛ وإنما بربطها بالعقوبة التي فرضها المشرع على مخالفتها.

ثانيتهما: إذا بدأ من مقاصد الطاعن من تجريح النصوص المنفوخ بعد دستوريته، أنها لن تبلغ غايتها بغير ضم نصوص أخرى إليها^(٢).

تاسعاً: أن الدفع بعدم الدستورية كان يحترق في قضاء متواتر لمحكمة النقض من قبل الدوائر الموضوعية التي لا تجوز إثارته لأول مرة أمامها. إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض أصدرت في الطعن المقيد بجعلها برقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يوايه ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٦٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦١٥ - ص ٩٠٢، ٩٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٦ - ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع.

هيئة عامة، حكمها في شأن الأثر المترتبة على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدد دستورية نص لازم للفصل في الطعون بالنقض المطروحة، وقد خلص قضاؤها في ذلك إلى أن ثمة رأيين يتنازعان هذا الموضوع:

أولهما: ومؤداه أن أثر الحكم بعدم الدستورية لا ينسحب إلى الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت بموجب حكم نهائي سابق في صدره على نشر الحكم بعدم الدستورية، ولو أدرك هذا الحكم الأخير النزاع أمام محكمة النقض.

ويقتضي ثانيهما: (عمال أثر ذلك الحكم على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض).

وقد انحاز قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض في الطعن المشار إليه إلى الاتجاه الثاني تأسيساً على أن قضاء المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، يعتبر كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص. ويعين بالتالي إعمال كل حكم صدر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون -من اليوم التالي لنشر هذا الحكم- على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض، ولو صدر هذا الحكم بعد صدور الحكم المطعون فيه، بضمان أن تطبيق قضاء المحكمة الدستورية العليا أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها.

عاشرا: الإحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا

٣٥٥- قد لا يبصر الخصم عوار مخالفة النصوص القانونية التي تحكم النزاع للدستور. فإذا أدركتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي المطروح عليها النزاع، تميز عليها -وعلا بالبلد أ من المادة/ ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تحيل مباشرة إليها النصوص القانونية التي لربتها مخالفة للدستور، وأن يكون قرارها بإحالة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في صحتها أو بطلانها، قاطعا باتجاه إرادتها إلى عرضها عليها حتى تقول كلمتها فيها، ومتضمنا بيان هذه النصوص بصورة تفصيلية، فضلا عن تحديد أوجه مخالفتها للدستور.

ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مكلفة بالخضوع للقانون، شأنها في ذلك شأن الناس جميعهم، وشأن الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها. ويقتضيها هذا الخضوع ألا تطبق على النزاع المعروض عليها قاعدة قانونية تتناقض الدستور شكلاً أو مضموناً.

فيذا بان لها من وجهة مبثوية أو أولية أن عيباً اعترأها بما يطلها لخروجها على الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها أو لمجاوزتها مادة الدستور أو محتواه، فإن عليها أن تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، وأن تترىص قضاءها فيها، فلا تفصل في النزاع المعروض عليها إلا بعد صدوره^(١)

٣٥٦- وتعتبر الإحالة منصرفة ليس فقط إلى النصوص للقانونية التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، وإنما كذلك إلى غيرها من النصوص التي ترتبط عقلاً بها وتتضام معها في تحديد الإطار المنطقي للخصومة الدستورية. فضلاً عن النصوص التي يدل هذه المحكمة أو الهيئة على اتجاه إرئتها إلى عرضها على المحكمة الدستورية العليا، ولو لم يشر إليها صراحة.

هادي عشر: رخصة التصدي المخولة للمحكمة الدستورية العليا

٣٥٧- والطريقتان السابقتان لاتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، والملصوص عليها في للبندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، تفترضان تطبق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بنزاع غير معروض على المحكمة الدستورية العليا. ولا كذلك مباشرة هذه المحكمة لرخصة التصدي الملصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها. ذلك أنها تفترض وجود نزاع أمام المحكمة الدستورية العليا نفسها، وأن الفصل فيه يدخل في اختصاصها، وأن القاعدة القانونية التي تحكم هذا النزاع أو التي تؤثر في نتيجته، قد داخلتها في تقدير المحكمة الدستورية العليا شبهة مخالفتها للدستور، فتحيلها إلى هيئة المفوضين بها لتقديم تقريراً برأيها فيها ثم تصدر حكمها بصحتها أو بطلانها بعد إيداع هذا التقرير لديها.

(١) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٣٠ - من ٥٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٣٥٨- ويقابل نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، حكم البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن هذه المادة وذلك البند يستهدفان توكيد مبدأ الخضوع للقانون -الدستور في نزاع- حتى لا تطبق أية محكمة في نزاع معروض عليها، غير النصوص القانونية التي تتصل به وتؤثر في نتيجه، وبشرط اتفاقها مع الدستور. ومن ثم تكامل للشرعية الدستورية حلقاتها من خلال إعلاء المحاكم جميعها -وأيا كان موقعها- لنصوص الدستور على ما عداها.

٣٥٩- على أن لرخصة للتصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا شروطها الخاصة بها، والتي لا شأن لها بشروط تطبيق البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن الرخصة المخولة للمحكمة الدستورية العليا بنص المادة ٢٧ من قانونها، مقيد إعمالها بالشروط الآتي بيانها:

أولاً: أن يكون ثمة نزاع مطروح أصلاً على المحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها^(١). وهذا النزاع هو الخصومة "الأصلية" المطروحة عليها. وليس بشرط أن يتخذ ذلك النزاع شكل خصومة دستورية. ذلك أن الخصومة التي تطرح على المحكمة الدستورية العليا، وتدخل في اختصاصها، قد تكون خصومة تنازع على الاختصاص، أو خصومة مناهضة للتناقض بين حكمتين قضائيتين نهائيتين. وتدخل هذه الصور جميعها في مفهوم النزاع المعروض على المحكمة الدستورية العليا في حدود ولايتها. ولا يعتبر طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، خصومة قضائية في تطبيق أحكام المادة ٢٧ من قانونها^(٢).

ثانياً: أن تقدر المحكمة الدستورية العليا أن للنزاع الأصلي المعروض عليها صلة بنص قانوني عرض لها بمناسبة نظرها لهذا النزاع؛ وأن هذا النص يبدو من وجهه مخالفاً للدستور.

(١) انظر طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية - المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ - قاعدة رقم ٥ - ص ٢٢٤ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها حيث قرر المحكمة بأن إعمالها لرخصة التصدي المخولة لها بنص المادة ٢٧ من قانونها، ملوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي، متصلاً بنزاع معروض عليها، فإذا انتهى قيام النزاع أمامها، لم يعد لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وتتحقق الصلة بين ذلك النص وبين الخصومة الأصلية المطروحة عليها، إذا كان الفصل فى دستوريته مؤثراً فى محصلتها النهائية^(٢).

ثالثاً: أن تحيل المحكمة الدستورية العليا إلى هيئة المفوضين بها النص المناقش فى تقديرها المبدئى للمستور، كى تعد هذه الهيئة تقريرها فيه، لتفصل هذه المحكمة نهائياً بعد إيداع هذا التقرير لديها، فى صحة أو بطلان ذلك النص.

٣٦٠- وما تقدم مؤداه:

* أن الخصومة المرفوعة أصلاً إلى المحكمة الدستورية العليا، هى الخصومة الأصلية التى يتعلق موضوعها بالنزاع المطروح عليها ليتداه.

* وإلى جوار هذه الخصومة الأصلية، تقوم خصومة فرعية محلها نص قانونى يتصل الفصل فى دستوريته بالخصومة الأصلية أيا كان موضوعها. وهو ما لا يتصل بها إلا إذا كان مؤثراً.

ويبدو بالتالى محل نظر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية دستورية^(٣) ذلك أن النص الذى كان مطعوناً عليه فى هذه الخصومة هو نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة الذى حظر على أعضائه الطعن فى القرارات الإدارية النهائية الصادرة بنقلهم أو ندهبهم. وقد تبين المحكمة الدستورية العليا أن هذا الحكم مقرر كذلك بنص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية بالنسبة إلى رجال القضاء العاملين فى المحاكم، فتصدت لهذا النص حتى تفصل فى دستوريته هو نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة بحكم واحد، ولفتها أن التصدى لدستورية نص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية لن يؤثر على الإطلاق فى النزاع المرفوع إليها أصلاً فى شأن دستورية نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة، وأن هذين النصين وإن كانا متشابهين، إلا أن مجرد تشابههما لا يخولها الفصل فى دستورية نص المادة ٨٤

(٢) الحكم السابق ص ٨٣٤.

(٣) صدر هذا الحكم بجلسة ١٦ مايو ١٩٨٤، ونشر فى ص ٥٠ وما بعدها من الجزء الثانى من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

من قانون السلطة القضائية لإلزام صلته بالنزاع المعروض عليها أصلاً، وانعدام أثره بالتالي على نتيجة الفصل في هذا النزاع.

* أن الصلة بين هاتين الخصومتين لزامها أن تقتد الخصومة الفرعية كل مبرر للفصل فيها إذا لم يعد للخصومة الأصلية من وجود. ذلك أن الخصومة الفرعية أمر عارض على الخصومة الأصلية، تبقى ببقائها ونزول بزوالها، ويتعين بالتالي أن تتوافر في الخصومة الأصلية شرائط قبولها، وأن تظل مستوفية لها حتى للفصل في الخصومة الفرعية وبشروط أن تستكمل هيئة المفوضين تحضير هذه الخصومة بأن تقدم رأيها القانوني في شأن دستورية النص المحال إليها من المحكمة الدستورية العليا، وأن يتم هذا التحضير وفق أحكام المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانونها^(١).

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - من ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الفصل الثالث والخمسون

الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشريعة الدستورية

المبحث الأول

فرائض الديمقراطية

٣٦١- تفترض نظم الحكم الديمقراطية خضوع الدولة للقانون بحكم كونها تابعة لقاعدة تطورها لا تصنعها ولا يجوز أن تدخل بها، وإنما تحيط بها وتقيده كافة سلطاتها وأجهزتها.

وليس مهما القول بأن الدولة هي تشخيص للجماعة، ولا بأنها تمثل الفروق بين الحاكمين والمحكومين الذين يتعاونون معها في إدارة وتسيير مرفقها.

ذلك أن قاعدة القانون التي تطورها وتقيدها، هي التي تحدد كذلك واجباتها، وكافة مظاهر التعبير عن إرادتها. وإذا كان البعض من أنصار النظرية الفردية *La doctrine individualiste* يقول بوجود حقوق طبيعية لا تتقدم، ولا يجوز الذلوع عنها، وإنما سابقة في وجودها على الدولة وتقيدها حركتها؛ وكان آخرون من أنصار مفاهيم التضامن الاجتماعي *La conception solidariste* يقولون بأن قاعدة القانون الأعلى للناثرة في الضمان، هي التي تقيد الكافة؛ فبين وجود هذه القاعدة -أيما كان أساسها- لا يجوز إنكاره.

ولا حاجة بعد ذلك فيما يقرره بعض الفقهاء والفلاسفة الألمان مثل Kant, Hegel, Ihering وJellinek من أن القانون من خلق للدولة تصوغ أحكامه بنفسها، فلا يقيدها إلا في الحدود التي تقبلها.

ذلك أن آراءهم هذه لا تضيء لنهر مفاهيم السلطة المطلقة في الداخل *L'absolutisme à l'interieur* واللاحق في الغزو والفتح في الخارج *La politique de conquête à l'exterieur* وجميعها مفاهيم تناقض حقيقة أن القانون بغير القوة، عجز مطلق؛ وأن القوة بغير القانون هي

التحكم، وأن القوة التي لا يوجهها القانون ويقيدها هي الفوضى^(١). وليس لتعال الدولة بالتسليم، السلطة لا تملكها قانونا، غير تفويض لهذه السلطة ذاتها يجيز التمرد عليها وعصيانها.

وإذا قيل بأن مجاوزة الدولة حدود قاعدة القانون التي تطولها، يقترب جزءا، لأن عناصر القوة بيدها، ويستحيل أن توجهها ضد نفسها، وبما يناقض مصالحها؛ إلا أن مفاهيم التمرد بالسلطة وبالقوة التي تقارنها، يعمين أن يوازنها للتكوين الداخلي للسلطة السياسية التي تواجه تحكم الدولة و L'omnipotence de l'Etat من خلال نظم برلمانية غايتها ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم في إطار مبدأ الشرعية. Le Principe de légalité ومؤده أن مجاوزة السلطة حدود ولايتها، تدل على انحرفها ليس فقط عن تخوم هذه الولاية، وإنما كذلك عن الأغراض التي يفترض أن تستهدفها.

ولم يعد جائزا أن تكبر الدولة أوجه نشاطها، ولا أن تشرع لتكظيمها، مطمئنة إلى غفوة الرقابة عليها أو ترخيها. ذلك أن وثائق إعلان الحقوق والامتيازات الجامعة لتبديها وتوجهها. وإلى جانبها السلطة القضائية التي كفل الدستور استقلالها وجبته لتفصل بضوابطها الموضوعية في كل نزاع من طبيعة قضائية تكون الدولة طرفا فيه. فلا يكون تنفيذ أحكامها غير خضوع مطلق للقانون يستتبع نصوص هذه الوثائق وتلك الامتيازات، ومعها كذلك المبادئ العامة للقانون، وهي غير مدونة بطبيعتها وعريضة في امتدادها. وجميعها من عناصر مبدأ ذي قيمة مطلقة في مجال تطبيقه، هو مبدأ الشرعية^(٢)؟

وتظل النظم الديمقراطية مختلفة فيما بينها في أشكالها وأبعادها، وإن كانت الخطوط التأسيسية تجمعها، والركائز الجوهرية التي تقوم عليها، واحدة في مفاهيمها إلى حد القول بأن غايتها في نظم بعضها مؤداة لتفكاك الطبيعة الديمقراطية عنها، وتخليها في جوهر خصائصها. وهذه الخطوط الرئيسية التي تربط النظم الديمقراطية ببعض، هي التي نتناولها في الأفرع الآتية ببيانها.

(١) قرر Seydel - وهو أحد الفقهاء الألمان - أنه فيما بين الدول، ليس شيء قانون. ذلك أن القوة هي التي تحكمها وليس شيء قيمة لغير القوة.

[مشار إليه في الطبعة الثالثة من الكتاب الثالث للسميد دوجي (باريس ١٩٣٠) وعنوانه:

[Traité de Droit Constitutionnel].

(٢) انظر في ذلك:

المبحث الثاني

La pluralisme

٣٦٢- لا ديمقراطية بغير تعددية. ونظم الحكم المدنية في كل أشكالها جوهرها التعددية التي تنافس الاحتكار والافتراء والتسلط والتجبر والآنزواء. ولا مكان للتعددية بالتالي في نظم تتركز السلطة فيها في يد واحدة تطلقها في كل شأن، لتحكم قبضتها على الحياة في كافة مظاهرها أو في صورها الأكثر أهمية.

وليس للتعددية كذلك من وجود في نظم تحدد بنفسها حقوق الأفراد وحرياتهم في مضمونها ونطاقها وشرائط مباشرتها؛ ولا في نظم لا تقبل من الآراء إلا ما يوافقها ولا يتخطى خطوطا حمراء تعينها؛ ولا في نظم تقبض بيدها على أرواق مواطنيها بعد تصنيفهم بين مؤيد لها ومعارض لتوجهاتها؛ ولا في نظم تطارد خصومها وتسخر القتلون لخدمة مصالحها الضيقة؛ ولا في نظم تقوم على احتكار مصادر الثروة وتقوض ببناء القطاع الخاص، ولا في نظم لا تستثير اهتمام المواطنين بها وتحملهم على الآنزواء بعيداً عنها. تلك أن التعددية تمثل من الديمقراطية نواتها ونبض قلبها، ومن حقوق المواطنين وحررياتهم ركيزتها. وهي بذلك قيمة دستورية مطلقة لا يجوز تقييدها، ولا يتصور أن يكون لها وجود في أجواء خائفة تحيط بها. وهي جوهر الديمقراطية أو أساسها le fondement de la démocratie وليس مجرد شرط لطبيعتها^(١) Une des conditions de la démocratie:

المطلب الأول

للتعددية مدخل للديمقراطية وضرورة للتقدم

٣٦٣- ويستحيل بالتالي تصور الديمقراطية بغير تعددية تنداح دائرتها لتفرض نفسها على النظم الاقتصادية والميسية والاجتماعية والثقافية جميعها. فلا تجد هذه النظم مكانها ومكانتها بدونها، ولا يفترض وجودها ولا تطورها وفقاً للمستور فيما وراءها.

(١) قضى المجلس الدستوري بقراره الصادر في ١١/١/١٩٩٠ [C.C.8, 271 D.C., 11 janv. 1990 R.P. 21] بأن تنوع الأفكار والآراء أساس الديمقراطية. وكان قد قضى بقراره الصادر في ١٨/٩/١٩٨٦ بأن التعددية أحد شروط الديمقراطية.

ولا يجوز بالتالى النظر إلى التعددية باعتبارها مطلباً مرغوباً فيه فقط، وإنما هي ضرورة مطلقة، وحتمية لا مناص منها كطريق للتقدم. ومن ثم صبح القول بأنها وعاء لكل الآراء، ولكافة القيم في توافيقها وتناحرها، في تخلفها وتقبلها. وهي كذلك مدخل لحق الإنسان في أن يعلم، وأن يستقل بإرادة الاختيار، وأن يفاضل بين بدائل، وأن يحصل على كل مطومة يريدها، وأن يقابلها بغيرها، وأن يرصدها في كافة مواقفها، وأن يطور من ملكاته، وألا تنحصر آفاق مداركه، وأن ينفذ إلى كافة الآراء حتى تلك التي تضيق السلطة بها، وأن يطل عليها بكل الوسائل، وفيما وراء حدوده الإقليمية، وبغير أن يتقيد المشرع من تكلفها سواء بتقليص أدواتها أو طرائق نقلها أو وسائل تداولها^(١).

٣٦٤- ولا يجوز بالتالى في إطار التعددية، أن تكون للصحافة وغيرها من وسائل الإعلام مجرد مرآة لمن يملكونها أو يوجهونها، تعبر عن ذواتهم أو عن مصالحهم. فلا تكون أبوابها متاحة لمن يطرقونها، وإنما يصدون عنها، بما ينافض حرية التعبير التي تقتض تعدد قنواتها واتساع دائرة السوق المفتوحة لعرض الآراء من خلالها، ويتنوع هذه الآراء واختلافها فيما بينها. فلا يكون احتكار الآراء أو حتى تنييد دائرة تلقيها أو عرضها غير نقض لحرية التعبير. وهي من صور التعددية التي تتأبى على التخصيص، ولا تقبل غير تنوع مجالاتها طولا وعمقا. وهي بذلك لا تقتصر على تعدد الآراء من منظور حرية التعبير. ولكن دائرتها الأوسع تواجه كذلك حرية الابتكار والإبداع في العلوم والفنون على اختلافها، سواء كان التعبير الخلاق موسيقياً أو رمزياً أو بالصورة أو بالمسرح أو بغير ذلك من وسائل الابتكار على تباينها - كما كان أدبياً أو فنياً أو صناعياً أو بحثياً - بما يكفل امتناع آفاق العلوم والفنون في طرائقها وقنواتها وألوانها وأهدافها.

وتنتقل التعددية من دائرة العلوم والفنون، إلى دائرة للتكوين الاجتماعي، فلكل جماعة أغلياتها وقلافتها ومصادر تراثها المختلفة. وتكفل التعددية لكل أقلية خصائصها التي تفردها بها، والحق في التعبير عن توجهاتها، ومواجهة الأغلبية باحتياجاتها.

(١) يقول المجلس الدستوري الفرنسي بقراره الصادر في ١٠/٣/١٩٨٨، بأن تعدد الآراء والأفكار فريضة دستورية نفسها التعددية، وأن تنوع الآراء والأفكار هو أساس الديمقراطية.

والمواطنون في الدولة الواحدة قد لا تجمعهم أصول عرقية واحدة بما مؤدها تباين ثقافتهم وتوقع اهتماماتهم، وحتى تضاد مصالحهم. والتعددية طريقتهم إلى التعبير عن ذلك كله في إطار من الحقوق التي كفلها الدستور لكل مواطن.

٣٦٥- والتعددية بذلك فريضة دستورية Une exigence constitutionnelle تتألف من انصهار الحياة السياسية في تنظيم حزبي وحيد يتسلط عليها ويوجهها. ذلك لأن التعددية الحزبية Multipartisme هي قاعدة النظم السياسية ومحورها. فلا ينطلق محيطها على تكوين خاص يرتبط بالسلطة، ويعمل بإمرتها. وإنما تحيط الأحزاب المختلفة بها، لتعارضها وتقدم اعراجها، وتتحل محلها في إطار النظم الديمقراطية التي تفرض تبادل السلطة وانتقالها فيما بين الأحزاب السياسية على ضوء ثقافتها ومكانتها بين المواطنين.

ولا يجوز بالتالي تطبيق تأسيسها على ترخيص، ولا منعها من اختيار طرائقها في العمل، ولا تحديد برامجها الأقدم على تحقيق أهدافها، ولا عرقلة نشاطها أو مطاردة أنصارها، أو منعهم من الانضمام إليها أو الخروج منها، أو حرمانها من التنافس فيما بين بعضها البعض وصولاً إلى الحكم. ودون ذلك تكون الحياة السياسية هادمة خطواتها، فقيرة ملاحمها بما يحلها قوة عاجزة ليس لها من فعاليتها وحيويتها وتوقع مصادرها، ما يكفل لها تحقيق تغيير يكون مطلوباً^(١).

شأن الحرية السياسية في ذلك شأن حرية الاجتماع التي تكفل بذاتها حق من حضروه فعي تحديد المعائل التي يناقشونها، وتقرير حلول يرونها فيما يؤرقهم على ضوء مفاضلتهم بين آراء مختلفة وتعمقهم أوجه خطئها أو صوابها. ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تترصدهم لأراء أبدوها، ولا أن تعائلهم عنها، ولا أن تمنعهم من حضور اجتماع حتى لا يسهموا فيه بنشاطهم.

(١) وحتى المعونة المالية التي قد تمنحها الدولة للأحزاب السياسية القائمة، وإن كان المستقر لا يمنعها، إلا أن تدخل الدولة بها يكون منظوراً، إذا كان الغرض من صرفها تحقيق نوع من التبعية تربط هذه الأحزاب بالدولة، أو إجهاد التعبير الديمقراطي عن مختلف الآراء والأفكار.

Le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir ni à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'Etat, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions.

C.C.89 - 271. D.C., 11 Janv. 1990, R.P.21

وشأن مصادرة حرية الاجتماع أو تقييدها بغير مبرر، شأن الإخلال بكافة النظم التي تنتسجع عنها ويستظل بها، كالنظم النقابية في مستوياتها المختلفة. ذلك أن هذه النظم لا يكون لها من وجود إذا علق المشرع تأسيسها على قرار يصدر عن جهة إدارية أو قضائية. وكذلك إذا منعها من اختيار أدواتها ووسائلها في العمل، أو حد من سلطة التقرير التي تملكها في كل شأن يتعلق بها. فضلاً عن أن تعدد النظم القائمة على حق الاجتماع يحثي تلك التي تتوافق في الخطوط الرئيسية لأهدافها - يكفل تنافسها لتحقيق الخير العام ليس فقط لأعضائها، وإنما كذلك للمواطنين خارج دائرتها.

المطلب الثاني

التعددية قيمة دستورية

وتظل التعددية ليس فقط قيمة دستورية، بل ضرورة عملية يرتبط بها التنوع في مظاهر الحياة على اختلافها، فلا تنقسم برئيتها ولا بجمودها.

وتعارض التعددية بوجه خاص لاحتكار وسائل الإعلام، وتقييد حقوق من يملكونها أو يديرونها. وليس لهؤلاء وهؤلاء تحديد نوع الآراء التي تطرح فيها، ولا مصادرة وسائل نقلاها، ولا للتمييز بين المواطنين في مجال عرضها، ولا تحديد دائرة من يتلقونها أو من يقولون بها. وإنما هي الأقلاق المفتوحة نوافذها لها، تسعها في كل سورها، وبغض النظر عن مضمونها. ذلك أن وجاهة بعض الآراء أو قبحها، لا تحدد درجة القول بها. وثراء بعضها في معلوماتها، أو عمق الفائدة التي تعود على المواطنين منها، ليس بشرط لترويجها.

ومرد ذلك أن الآراء لا يجوز تصنيفها إلى آراء مؤثرة بالنظر إلى قيمتها وآراء عقيمة على ضوء تخلفها وضيق أفقها. فالتعددية لا تستقيم خصائصها، بغير رحابتها وتسامحها، وتنوع مجالاتها، وبتراضيتها على التوفيق بين عناصر للتعارف، وبنزولها على الحقائق.

وهي بذلك عنوان صدق الحملة الانتخابية التي لا يجوز أن يقلص المشرع من دائرة المرشحين الذين يتزاحمون فيها، ولا من دائرة الناخبين الذين يفاضلون بينهم؛ ولا أن تذل بحق الأولين في تكافؤ الفرص التي يعرضون من خلالها برامجهم ويتولون الدفاع عنها والترويج لها،

بما يقربهم من الناخبين ويحيطهم بكافة الحقائق التي تتعلق بمناضيتهم؛ وبأوجه التوافق والتعارض معهم، وبأهم أجزء بالدفاع عن مصالحهم، وأدنى إلى نفعهم.

كذلك فإن المواطنين الذين تتعلق مصالحهم بمشروع ما، يعطيهم البصر بكافة الحقائق التي تتعلق بكيفية تسييره، وبأواحي القصور فيه، وبمصادر التمويل التي يملأها وذلك لتسى يخفيها، وبمصارفها الظاهرة والمستترة، وبقرائنها الموافقة والمخالفة للقانون، وببرامجها فى للعمل ومراحل تنفيذها، ونطاق سلطاتها وحقيقة أغراضها.

ويفترض ذلك تمكنهم من النفاذ إلى كل معلومة تتعلق بالمشروع بقدر اتصالها بمراقبتهم لحسن سيره. وتلك صورة من التحدية التي تبسط أقالها ذلك على تنوع المعاهد التعليمية واختلافها فى مناهجها وطرائقها فى التعليم ووسائل عرضها، وثراء مستوياتها، وعمق بحثها بما يوفر فرص للمواطنين فى المفاضلة بينها، فلا يختارون منها غير ما يوافق ملكاتهم وقدراتهم دون تمييز بينهم مرده إلى لونهم أو أصلهم^(١).

٣٦٦- والتمييز بين المواطنين المتمثلين فى المراكز القانونية سواء من خلال الاستبعاد أو التفرق أو التفضيل أو التقيد، يناقض تساويهم أمام القانون، ويقوض حيوية الجماعة التي يضمون إليها. فلا يتضامون معها، بل ينقلبون عليها وينزلون عنها، ولا يتواصون فيما بينهم على التعاون.

وان يكون العمل العام بالتالى محصلة جهودهم ولا ناتج خبراتهم، ولا تعبيراً عن وعيهم بمصالح أمتهم، بل توجهها فردياً تتعرض خطأ، بما يناهض التحدية ويهدم أسسها. كذلك فإن مصلحة المواطنين فى إدارة المرافق العامة الحيوية لصالحهم، هى التي تقتضى من الدولة -على الأكل- أن تكون شريكاً فيها حتى لا يستغل القطاع الخاص بها ويوجهها منفرداً بشئونها.

(١) C.C.84 - 181 D.C., 10-11 Oct. 1984, R. P. 73.

المطلب الثالث

تعلق التعددية بصور نشاط الإنسان على اختلافها

٣٦٧- ويحرص قضاء الشرعية الدستورية على ضمان التعددية في صورها المختلفة بالنظر إلى تعلقها بصور نشاط الإنسان على تباينها، وعلى الأخص ما ارتبط منها بالاختيار الحر في مجال حق الاقتراع والمفاضلة بين الآراء، والموازنة بين الأحزاب، والمقابلة بين العقائد؛ وتحديد ما يمتنع من الأعمال، وما تسلكه من طرائق الحياة، وما نقيضه من أشكال للنظم الديمقراطية وفق مفاهيمها المعاصرة، وما يقتضيه للدفاع عنها من وسائل تكفل تحقيق أهدافها، ومقاومة كافة الضغوط التي تحد من حركتها. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال اللجوء إلى فرائض العقل لتعميق إرادة الاختيار، ولتقرير الحلول الملائمة لأوضاع قائمة. فلا تكون الحياة صوباً واحداً، ولا تعاق آراء جديدة عن الظهور، ولا يسحق كيان أكبر غيره. وإنما تتعاقب النظم جميعها من خلال المفاهيم الديمقراطية كطريق وحيد لتعميق إرادة الاختيار، ولتداول السلطة بما ينال تركيزها في يد واحدة ويكفلها وراثتها؛ فلا تكون الحياة موصدة أبوابها، ولا توجهها منفرداً واقعاً وراء جدران مغلقة.

بل حواراً متصلاً ومتداخلاً لا يعتبر فقط مجرد مظهر للتعبير عن المصالح الوطنية، وإنما هو كذلك قاعدة تكوينها^(١).

(١) راجع في ذلك قرارات المجلس الدستوري الآتية:

C.C. 81- 129 D.C., 30- 31- Oct 1981, R.p. 35; C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1983 R.p. 48; C.C. 84- 181 D.C. 10-11 Oct. 1984, R.p. 73; C.C. 86- 210 D.C., 29 juil. 1986. R.p. 110; C.C. 88- 248 D.C. 17 janv. 1989. R.p. 18.

المبحث الثالث

ضرورة النزول على القيم التي تنطوي الدستور

٣٦٨- لم يكن التعبير للقائم اليوم من أن للإنسان حقوقاً لا يجوز التفريط فيها، تعبيراً قديماً، فقد كان لجون لوك -وهو أحد الفلاسفة الإنجليز خلال القرن السابع عشر وأحد أهم أنصار القانون الطبيعي- وكذلك لكل من فولتير ومونتسكيو وجان جاك روسو -هم من فلاسفة فرنسا في القرن الثامن عشر- فضل توكيد كثير من حقوق الإنسان.

ومن ذلك ما قرره لوك بأن الثورة الإنجليزية لعام ١٦٨٨^(١) من أن للفرد ربوصفه كإنسان من البشر -حقوقاً لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى وجودها في إطار الحالة الطبيعية التي كان عليها، والسابقة على دخول الأفراد في تنظيم اجتماعي من طبيعة مدنية. ويندرج في إطار هذه الحقوق، حقهم في الحياة وفي الملكية، وفي التحرر من تدابير القهر التي تتخذها السلطة التحكيمية قبلهم.

ذلك أنهم ما نزلوا للدولة -ومن خلال عقد اجتماعي معها- إلا عن الحق في حماية هذه الحقوق وفرضها على من يخلون بها. ولكنهم لم يخلوا لها عن أصل تلك الحقوق التي احتفظوا بها لأنفسهم. وهو ما خولهم الحق في مقاومتها والثورة عليها إذا كان ضمانها لحقوقهم تلك قاصراً أو غير قائم.

وقد انضم إلى لوك آخرون تأثروا بالأفكار القائمة في زمنهم، وانحازوا إلى حكم العقل. فانتقدوا بكل قوة لرائض الدين، والحقائق العلمية التي لا تجوز مناقشتها Scientific Dogmatism والقيود الاجتماعية -الاقتصادية التي تفرضها الدولة على مواطنيها. وأبدلوا ذلك كله بالقيم التي تخص الناس جميعهم في كل عصر، والتي لا يجوز النزول عنها.

وقد كان لهذه الأفكار أثر كبير في الدول الغربية في نهاية القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التالي. فقد كانت الثورة الإنجليزية عام ١٦٨٨ ووثيقة الحقوق التي أقرتها، ماثلة أمامها ليس فقط كحقيقة تاريخية، وإنما كذلك من منظور نوع الحقوق التي ناضل الثوار الإنجليز لتثبيتها.

(١) تسمى الثورة المجيدة The glorious revolution.

وتبعمهم في ذلك توماس جيفرسون في أمريكا الشمالية الذي صاغ وثيقة إعلان الاستقلال بصورة شاعرية وبعبارة بليغة^(١). متأثراً في ذلك بحون لوكه ومونتسكيو. إذ تقرر هذه الوثيقة أن للحقوق التي تضمنها، وإنشئة بنفسها، وأن جوهرها أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً. وأن خالفهم منحهم حقوقاً لا يجوز النزول عنها، ويترج تحتها الحق في الحياة، وفي الحرية، وفي تحقيق سعادتهم.

وحذا المركز De Lafayette في فرنسا حذو الثورتين الإنجليزية والأمريكية فيما قررتاه من حقوق للناس لا يجوز الإخلال فيها. فقد أصر على أن الناس ولدوا أحراراً متكافئين في الحقوق، وأنهم يظلون كذلك وكان منطقياً بالتالي أن ترد الحقوق التي كفلتها هاتين الثورتين، أسداءها في إعلان حقوق الرجل والمواطن Declaration of the rights of Man and citizens الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٦.

فقد قرر هذا الإعلان أن لكل رجل حقوقاً لا تتقدم ولا يجوز النزول عنها، وأن حقوقه هذه تتمثل في الحرية، وفي الملكية، وفي الأمن ومقاومة الطغيان، وأن الحق في الحرية لا يقتصر على تحرير الإنسان من صور القمع والاحتجاز غير المبرر، وإنما يشمل كذلك حرية تبادل الآراء، والحق في الاجتماع، وحرية العقيدة.

وهذه الحقوق ذكها هي التي رددتها بعد ذلك وثيقة إعلان الحقوق الأمريكية المضافة في عام ١٧٩١ إلى الدستور الأمريكي الصادر في ١٧٨٧. وهو ما عزز الاقتناع بأن مفاهيم حقوق الإنسان -يفض النظر عن الاسم المصطلى لها- كان لها في نهاية القرن الثامن عشر -عصر التنوير The Age of enlightenment- ولأوائل القرن التاسع عشر، دور هام في انضال ضد السلطة السياسية المطلقة.

وقد نهم هذا التطور بوجه خاص عن إخفاق السلطة السياسية في ضمان حرية مواطنيها وتساويهم أمام القانون.

(١) وقعت على وثيقة إعلان الاستقلال ثلاثة عشر مستعمرة أمريكية وذلك في ٤ يوليو ١٧٧٦.

بيد أن عبق هذا التطور، قابله تطور آخر. ذلك أن الذين قالوا بالحقوق الطبيعية للناس جميعهم، وصفوها بالإطلاق، وبالأبدية، ويحتم جولز تغييرها أو تعديلها، أو تعديل عنها، أو التبريد فيها.

وهي مفاهيم يتناقض أن كل الحقوق -ويوجه عام- تعقل قدرأ من التقيد، مما عرض الحقوق التي طلبها الناس لأنفسهم كحقوق لا تتبدل، إلى الهجوم عليها من اليمين واليسار وحتى من بعض الفلاسفة ومن بينهم كل من Edmond Burke و David Hume و Jeremy Bentham في إنجلترا. فقد كان تخوفهم من مفاهيم الحقوق الطبيعية، أن تؤكد الجماهير لها مود إلى الفوضى، وأن تطبيق وثائق إعلان هذه الحقوق كبديل عن القوانين الفعالة التي يضمنها البرلمان، يعطل دوره؛ وأن مساواتها بين الناس جميعهم على ما بينهم من صور الثباين، يجعلهم يتوقعون ما لن يتحقق يوماً؛ وأن كل الحقوق مردداً إلى القوانين القائمة. وهي قولتين، واقعية لا تخيلية، كذلك التي تقوم على مفاهيم القانون الطبيعي التي لا تعدو الحقوق التي لتتجتها، أن تكون حقولاً تصورية.

وكان من شأن الهجوم على القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، أن قرر فقهاء مثل Kant و Von Savigny من ألمانيا، وسير Henry Maine من إنجلترا، أن الحقوق جميعها هي نتائج بيئتها المتغيرة ظروفها؛ وأنها تتحد بالتالي على ضوء أوضاع مجتمعاتها؛ وأن الحقيقة الوحيدة التي يمكن القبول بها، هي التي يقوم الدليل عليها من الخبرة العملية.

ولم يعد مقبولاً منذ الحرب العالمية الأولى النفاذ عن حقوق الإنسان كحقوق طبيعية، وإن كان من المسلم أن لهذه الحقوق وجوداً يخصها؛ وأن ظهورها في شكل أو آخر؛ وكذلك تنوعها وتعدد صورها -التي يندرج تحتها إلغاء الرق، وتقرير الحق في التعليم العام، وتكوين للنظم النقابية- لخبر دليل على أن هذه الحقوق لا تزال قائمة حتى بعد ألغى أصل اشتغالها من القانون الطبيعي. ولم تتحول تلك الحقوق إلى حقيقة واقعة إلا بعد ظهور النازية وسقوطها.

ولئن كان القبول العام اليوم بحقوق الإنسان في النظامين الداخلي والدولي، لم يعد محل نزاع جاد، إلا أن طبيعة ونطاق هذه الحقوق، لازال مختلفاً عليها. ومعها يدور الجدل حول ما إذا كان يجوز النظر إلى حقوق الإنسان كحقوق إلهية المصدر، أم كحقوق خلقية أو قانونية أم كحقوق مصدرها عقد اجتماعي، أم كحقوق قام الدليل عليها مما اعتاده الناس وسلوكه فسي أعرافهم، أم كحقوق مردداً إلى العدالة التوزيعية، أم كحقوق يلهمها سعى الناس إلى السعادة وطلبهم لها.

ولازال الجدل دائراً كذلك حول جواز نقض هذه الحقوق أو امتناع الرجوع فيها، ومسا إذا كان ضمان اتساعها يقتضى إبطالها، لم أن نقيدها في عددها ومضمونها أصل يحكمها.

ولما كان الأمر، فإن الوظيفة الحالية لحقوق الإنسان، لم تعد تتمثل في كونها مجرد ضمان لشرعية نظم الحكم في دولة ما، وإنما كذلك في تبنيها المعايير الدولية لهذه الحقوق وتطويرها.

كذلك ليس ثمة انفصال تام بين المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان، والنظرية التقليدية لهما كحقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، وإنما تواصل هذه المفاهيم وتلك النظرية، وذلك من زوايا متعددة أهمها:

أولاً: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية غايتها ضمان قائمة الحقوق التي يطلبها الناس جميعهم ويرغبون في تحقيقها بصورة شاملة. وهذه المفاهيم ذاتها هي التي ورثها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حين صاغ أطول قائمة لهذه الحقوق تتمثل في ثلاثين حقاً.

ثانياً: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية تربط بين هذه الحقوق والناس في مجموعهم بوصفهم بشراً يمكنون إرادة الاختيار ويتكفلون في الحقوق التي يتمتعون بها. وهذه الصلة بين الحقوق الطبيعية والإنسان، هي التي تغير بها وصفها من حقوق طبيعية إلى حقوق إنسانية.

ثالثاً: أن من أبرز خصائص الحقوق الطبيعية هو تأكيدها من الاقتناع العام بأن هذه الحقوق لا يملكها غير الأشخاص الذين يحرزون إرادة الاختيار التي تؤكد استقلالهم بذاتيهم وذاتيتهم هذه هي منطقة الحماية في المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان بما يحول دون تدخل السلطة فيها بوسائل القهر التي تملكها.

فإدراج وثائق حقوق الإنسان في صلبها لتحق في الحياة مثلاً لم يكن بقصد ضمان رعايته صحياً، ولا بقصد تطوير الأوضاع التي يعايشها بما يجعل بينتها أكثر أمناً، وإنما تقرر ضمان الحق في الحياة، بقاعدة قانونية غايتها ردع أشكال القوة والتحكم الموجهة إلى الفرد. ولم يكن ضمان الحرية يحيل كذلك إلى سياسة يتعين انتهاجها بقصد توفير فرص التعليم الأفضل والأعمق، وإنما صار هذا الضمان كفافاً حماية الأفراد في مواجهة القبض والاحتجاز غير المبرر.

ولم تعد حقوق الأفراد المدنية والسياسية بالتالى غير حقوق سلبية تتوخى حماية الأفراد من صور العدوان على الدائرة التى يصونون فى محيطها خواص حياتهم ويطمنون فى نطاقها إلى حرامتهم، ويكتفون من خلالها استقلالهم وذاتيتهم. ولا يجوز وصفها بالتالى كحقوق يملكها الأفراد ليكتفوا من خلالها -بصورة إيجابية- الأغراض التى يطمعون فى تحقيقها.

رابعاً: أن الحقوق الطبيعية -كما يدل على ذلك وصفها- مصدرها الطبيعة، ومنهاتها نظامها، وهى بالتالى حقوق لا تتنازع، ولا تنقيد بزمن أو مكان، على تقدير أن وضوحها لا يحتاج إلى بيان، وأن طبيعتها الشاملة تتكفى على ربطها بالأوضاع القائمة فى بلد ما، أو بنوع الطبقة الحاكمة فيها. والطبيعة الثموية للحقوق الطبيعية هى ذاتها الطبيعة العالمية لحقوق الإنسان^(١)

• • •

تلك هى الصلة بين المفاهيم المعاصرة للطبيعة العالمية لحقوق الإنسان، وبين المفاهيم التقليدية لحقوق الطبيعة. فإذا انتقلنا من التصور المجرد لهذه الحقوق، إلى تطبيقاتها فى الدول المعاصرة، تحين القول بأن نصوص الدستور، وإن كانت تعتبر -فى الأصل- مرجعاً نهائياً للفصل فى دستورية القوانين، إلا أن هذه النصوص قد تصادم فيما إنسانية يستحيل التفریط فيها. وهى قيم يفترض أن يعمل الدستور على ضمانها، لا أن يقرر هدمها. فإذا نقض نص فيه ما كان من هذه القيم جوهرها، فإن تقرير بطلان هذا النص، يكون واجباً.

(١) Henry j. Steiner and Philip Astson, International Human Rights in Context, 1996, p.p. 167- 172.

المبحث الرابع

الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تتلوان الدستور

٣٦٩- أول هذه القيم، أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً، ولدتهم أمهاتهم كذلك، فلا يستعبدون أو يتميزون فيما بينهم بناء على أعراقهم أو ألوانهم أو مكانتهم الاجتماعية أو لغير ذلك من العوامل التي لا صلة لها بأدينتهم. والتي تخل بحقهم في العدل والحرية وفي التضامن والسلام الاجتماعي.

فلم يكن الناس في بدء نشأتهم مستعبدين، وإنما كانوا يعملون من أجل ضمان قوتهم، لا يؤرقون غير صراعهم مع الطبيعة وكواكبها.

وكانوا يسخرون أدواتهم البدائية لخدمتهم، ولا يعرفون غير القمص أسلوباً للحياة. ولم يكن ثمة تمييز بينهم يقوم على عوامل لا شأن لها بالحالة الفطرية التي وجدوا أنفسهم عليها، ولا بالأوضاع التي يعيشونها، وإنما كان البقاء لأقوامهم وأحوطهم.

وما أن قبل الناس الانخراط في تكوين مدنى يضمهم، حتى ظهر تفاوتهم في ثرواتهم، وفي عناصر القوة التي يملكونها، وفي الأفكار التي يؤمنون بها، ومظاهر التفوق التي يدعونها، ونطاق الحقوق التي يطالبونها، والأمال التي يرجونها والوسائل التي يصطفونها لتحقيقها. وازداد بعضهم ثراء وقوة، ولدت آخرون على أعقابهم يحملون ضعفهم معهم.

وقام استثمار الثروة على الاستغلال، وظهر التمييز بين العمال وأربابهم؛ بين الفقراء والموسرين؛ بين من يلوذون بالقوة ويتحكمون فيها؛ ومن يفرون منها خوفاً من بطشها؛ بين الذين يؤمنون بعقيدة تقبلها الناس في غالبيتهم، والذين يظاهرون عقيدة يرفضونها أو على الأقل لا يميلون إليها.

وكان ذلك منخلاً إلى صور من التمييز بين البشر تنافى أصل تساويهم في آدميتهم وحرمتهم، كالتمييز بين الرجل والمرأة قانوناً في الحقوق^(١)؛ وبين القادرين والعاجزين؛ وبين الدماء

(١) تحقق هذا التمييز على الأخص في مجال حق الاقتراع، وفي نطاق أجر وفرض العمل.

والأكباء؛ وبين المعارضين والمؤيدين لاتجاه عام؛ وبين الذين يملكون والفقراء؛ وبين الأكميين
توطنا والمحدثين؛ وبين الذين يُحْكَمُونَ والذين يُحْكَمُونَ؛ وبين المعتكفين والمتطرفين.

ولم يكن إهدار مبدأ المساواة بين المتماثلين، غير إخلال بحقوقهم في حياة يؤمنها العدل
ويسودها السلام الاجتماعي، وإنكار الحق في صون كرامتهم من صور العدوان عليها، وهي أصل
لحقوقهم جميعها. فلا يؤلخنون بغير جريرة ارتكبوها، ولا يضطرون حقاً ثابتاً لهم؛ ولا تقيد حريتهم
لشخصية دون مقتضى؛ ولا يضنون أو تمتن أمنيته؛ ولا يكرهون على فعل أو قول؛ ولا يصبون
في أشكال جامدة لا يريمون عنها؛ ولا يصحون عما يريدون إخفاءه؛ ولا يسهرون بغيا؛ ولا
يعملون على ما يفضون؛ ولا يسألون إلى أعمال لا يرضونها؛ ولا يماقرون عن أفعال كانوا غير
منزيرين بها؛ ولا تنشط إملايتهم من خلال عقوبة تنافي قسوتها مولايين الاعتدال، أو تكون
بطبيعتها مجافية لأمنيته بما يسي إلى كرامتهم.

المبحث الخامس

كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحرياته

٣٧٠- يفترض في الدساتير جميعها، أن تصون للناس كرامتهم أيًا كان قدر الفوارق التي تفصل بينهم. وكرامتهم هذه هي التي تفرع عنها كذلك حريتهم في التعبير عن الآراء التي يرون صوابها؛ وفي إعلانها ومنقشاتها من خلال حق الاجتماع؛ وعن طريق النفاذ إلى وسائل الإعلام؛ والانضمام إلى آخرين للدفاع عن قضايا بذواتها وإقناع الآخرين بها.

واحتفظ كل إنسان حتى بعد دخوله في تنظيم اجتماعي، بالحقوق الجوهرية التي لا يفصل وجوده عنها، كاللحق في الحياة بغير قيود عليها تعطلها في غير ضرورة؛ وفي أن تفترض برامته من التهمة الجنائية ما لم يكن قد أدين عنها بحكم قضائي صار باتاً، وكالمنظر إلى مسؤوليته عن الجريمة باعتبار أن مناطها أفعالاً أتاها؛ وأن العقوبة التي يفرضها المشرع لا يجوز أن تتطرق إلا بجريمة ارتكبها؛ وأن حرية الشخصية هي إرادة الاختيار؛ وجوهرها الدخول في العقود التي لم يمنحها المشرع؛ واختياره من يتزوجها؛ وأنماط التعليم التي يتلقاها؛ وفرص العمل التي يميل إليها؛ ولشكالات التضامن الاجتماعي التي يفضلها فيما وراء الدائرة التي يحددها المشرع؛ وأن يكون لشخصيته ذاتيتها، وللحقوق التي يطلبها موجباتها وراثتها؛ ولخواص الحياة التي اختارها حرمتها. فلا تقتحمها وسائل علمية ترقبها بأذنانها وتحيلها نهبا لأعينها بما يحيط بذاتها. وصار منطقياً أن تكون كرامة الإنسان قاعدة لكل حقوقه وحرياته الأساسية؛ وأصلاً يقيّد كل تنظيم يتناولها. وصار مفهوماً كذلك أن ينظر إلى الحقوق الرئيسية لكل فرد بما لا يجيز النزول عنها، أو التقريط فيها؛ وبما لا يخول السلطة أيًا كان بأسها، حق منعها أو منحها.

ذلك أن اتصالها بخصائص الإنسان التي فطر عليها منذ خلق، ينافي تقادماًها. ولا يجوز أن يخرجها المشرع عن أصل وضعها، ولا أن ينزع أديميتها التي لا يستقيم وجوده بغياها^(١).

(١) ولا كذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تكتفلها الدولة وفق إمكانياتها كالحق في التأمين الاجتماعي، وفي الرعاية الصحية، وفي ضمان الرخاء، إذ لا شأن لهذه الحقوق بخصائص بني البشر، ولا يُستبر بالتالي لاقدة بذاتها، وليس لها من عطلها ما يفرضها على المشرع قبل توافر فرص تمويلها.

المبحث السادس

حق الملكية كقيمة عليا

٣٧١- هذا الحق -من منظور المفاهيم المعاصرة- وثيق الصلة بالحق في العمل، وإبرادة الحياة، وبضرورة أن تتوافر لكل إنسان الوسائل الملائمة للعيش. وهو كذلك مدخل إلى التنمية، والطريق الأكثر فعالية لتحقيق أسبَابها ونتائجها؛ ولازدهار الجماعة وضمنان تقدمها.

ذلك أن الملكية -ويقدر تعدد مصادرها، وتعاظم روافدها- توفر لاقتصاد الدولة قاعدة تراكمية يستمد منها مصادر قوته. ولم يعد جائزاً في المفاهيم المعاصرة للملكية، نقض الحق فيها، ولا تجريدها من لوازمها، أو الإخلال بمقوماتها، أو تقييد الحقوق التي تنترع عنها في ضرورة تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية.

ولا شبهة في أن استئثار الناس بما يملكون، كان الفطرة التي جبلوا عليها. فالناس منذ خلقهم يتقايضون. ويملكون أغنامهم وإبلهم ومواشيهم، ويعتمدون عليها في معاشهم. وإلى جانبها أدواتهم في الصيد. والقتال، وأكواخهم التي يفيلون إليها ويقيمونها بأيديهم، ومراعهم التي يستقلون بحيزها، ويرتحلون من أجل طلبها. ولهم كذلك أراضيهم التي يحتجزونها بالغلبة والقوة، والتي زرعوها استقلاً بها. وحتى زوجاتهم في العصور القديمة ملكوها بأموال يدفعونها إلى آبائهم، وصار لهم عبيد بمنطق القوة، وسبايا من غزواتهم، وكان حرصهم على الدفاع من أجل ملكيتهم، ضارياً.

ولم تعد الملكية غير وعاء للثروة، وسياج يؤمن أصحابها من العوز. وهم اليوم مستخلفون في أموالهم بإذن من الله تعالى، فلا يبددونوها لهواً أو ترفاً، فإذا قتل منهم أحد في سبيلها فهو شهيد. وحتى بعد تحرير الأرقاء من عبديتهم، والأزواج من ربة تملكهم، والسبايا من أغلال أسرهم، ظل ثابتاً أن الملكية -سواء ما هو مشروع من مصادرها- لا يجوز اعتسارها، ولا مصادرتها، ولا تجريدها عملاً من المزايا التي تنهلها.

المبحث السابع

تقييم عام للنقيم التي تطوّر الدساتير

٣٧٢- تلك هي القيم الأساسية التي ارتبط بها الإنسان وأدميته، وجُبل بالفطرة على إعلانها، فلا يجوز أن يخل الدستور بها، ولا أن يمسّها، ولو من خلال التّزعج بأنّ للدستور مرتبة تقدّم أحكامه على النصوص القانونية الأدنى منها في درجتها؛ ولا بالقول بأن سيادة الدستور تغد بالضرورة، تصدره النظم القانونية جميعها الاجتماعية والثقافية والسياسية، وتبوءه بالتالي مكانة لا ترقى إليها أية قيم غير التي احتضنها.

ذلك أن المفترض في الدساتير جميعها أنها لا تناهض القيم التي تولد العمل في الدول الديمقراطية على تبديها، كأعراض نهائية تنترتها نظمها على اختلافها.

ولا يجوز بالتالي إهدار هذه القيم من خلال نصوص في الدستور تمليها السلطة المنفردة ببطشها وانحراقها؛ ولا أن تبلور من خلالها، نزواتها العنصرية، ومقاييسها في الخير والشر، ونزوعها إلى التسلط. حتى لا يكون الدستور حصاد قيمها الشخصية، ومراة تهورها وانفاسها، وأداة توحشها حتى في تمردها على الحقوق الطبيعية التي كفلتها المواثيق الدولية للناس جميعهم بوصفهم بشرا يختلفون عن كل كائن آخر، ليس فقط في أن لهم عقولا يدركون بها، وإنما كذلك في طباعهم وإنسانيّتهم.

ولو جاز للدول أن تقيم الدساتير الوطنية وفق أهولها، وأن ترض عليها طرائقها في ضمان الحقوق وتنظيمها، لارتبط وجود الحقوق جميعها- ولما كان قدر أهميتها- بنصوص الدستور التي تقيمها الموازين الشخصية للسلطة التي أحدثتها، حال أن الدول تتداخل مصالحها، وتجمعها أسرة دولية لها أعرافها ومعاييرها في تقرير الحقوق وضبطها، وعلى الأخص الأساسية منها.

وهي تكفل للناس جميعهم-ومن خلال أعرافها وثقافتاتها الدولية- ركائز أدميّتهم، وحرمة خواص حياتهم، وضوابط صون ملكيّتهم، وتساويهم أمام القانون في حقوقهم وواجباتهم، ليظهر الدستور في النهاية باعتباره كائلا للأفراد تلك القيم التي لا حياة لهم بدونها كقيم العدل والحرية والتضامن والسلام الاجتماعيين. وهي القيم ترمي خصائص بشريّتهم، وتصدر عنها حقوقهم

وحررياتهم، لتطوّر الدستور في مدارج حايثيا. فإذا نقضها، نعين ترجيح القيم التي تطوّر وتغلبها على أحكامها.

وفي ذلك نقول العرفة الثانية للمحكمة الدستورية لألمانيا، بأن كل نص منفرد في الدستور لا يجوز أن اعتباره منعزلاً عن غيره ولا أن يفسر مستقلاً عن سواه. ذلك أن لكل دستور وحدة داخلية لازمة ترتبط أحكامها فيما بينها.

وتتلوّر هذه الوحدة الداخلية بعض المبادئ البعيدة فسي مداها Overreaching principles والتي تصل أهميتها إلى حد خضوع نصوص الدستور لها.

والفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لألمانيا -وهو دستورها- ترشح بوضوح لهذا المعنى، وذلك بنصها على أن الحقوق التي كفلتها المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون -لا يجوز تعديلها. ومن ثم توافق هذه المحكمة على قضاء المحكمة الدستورية في ألمانيا من أن وجود نص في الدستور وإيراجه ضمن أحكامه باعتباره جزءاً منها، لا يجعل إبطال هذا النص تصوراً مستحيلاً. ذلك أن ثمة مبادئ دستورية لها من أهميتها الحيوية، ومن كونها تعبيراً عن حكم القانون، ما يقدمها على نصوص الدستور ذاتها، ويفرضها كذلك على الهيئة العليا التي تؤسس أحكامها. فإذا خالفها نص في الدستور لا يرقى إلى منزلتها، جاز إبطاله وتجريد من كل أثر^(١).

An individual constitutional provision cannot be considered as an isolated clause and interpreted alone. A constitution has an inner unity, and the meaning of any one part is linked to that of other provision. Taken as a unit, a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions are subordinate. Article 79 (3) makes it clear that the basic Law makes this assumption. Thus this Court agrees with the statement of the Bavarian Constitutional Court : " That a constitutional provision itself may be null and void, is not conceptually impossible just because it is a part of the Constitution.

There are constitutional principles that are so fundamental and so much an expression of a law that has precedence even over the Constitution that they also bind the framers of the Constitution , and other constitutional provisions that do not rank so high maybe null and void because they contravene these principles.

(١)Donald P. Kommas, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.63

وقد يبدو تعبير "القيم الأعلى من الدستور" مرناً مشوباً بالمفوض، شأن هذا التعبير شأن عبارة "روح الدستور" التي كثيراً ما يلجأ الفقهاء والقضاة لها لتقرير حقوق خلا الدستور منها، أو لإعطاء الحقوق التي نص عليها، مفاهيم مختلفة عن تلك التي تصورهما.

٣٧٢- وسواء تطلق الأمر بالقيم الأعلى من الدستور، أو بروح الدستور، فإن البعض يتوجس خيفة من هذين التعبيرين، وينظر إليهما باعتبارهما موطناً لفرطحة نصوص الدستور، أو لتحريفها من خلال تأويلها، أو لتعديلها عن طريق إحداث حقوق جديدة غير التي كتلتها.

إلا أن ما نراه، هو أن عبارة "القيم الأعلى من الدستور" لا يعيها مرونتها واتساعها. ذلك أن المشرع كثيراً ما يصوغ بعض النصوص القانونية بما يكفل مرونتها لضمان اتساعها لأوضاع مختلفة تتباين ظروفها^(١).

كذلك لا ينال من عبارة "القيم الأعلى للدستور" إمكان تعدد تأويلاتها. ذلك أن حدها تبلوره الأغراض النهائية المتوخاة من هذه القيم، والتي لا تزيد على ضمان حقوق الفرد وحياته الأساسية.

ومن ثم تعكس هذه الأغراض الحدود الخارجية للقيم التي تلو الدستور، فلا تكون غير تخومها التي لا يجوز تخطيها، لتقيد من اتساعها؛ ولترد تطبيقاتها إلى ضوابط منطقية يلتزمها قضاء الشرعية للدستورية، فلا يتحولون عنها.

وعليه بالتالي إرجاع نصوص الدستور إلى هذه القيم العليا لتقرض كلمتها على المفاهيم التي تقصر على ضوئها نصوص الدستور. فلا يكون ردها إلى القيم التي تلوها، غير تطوير لبنيانها.

فإذا بان لقضاء الشرعية الدستورية استعصاء تأويل نصوص الدستور بما يقربها من القيم التي تلوها، لم يعد أمامهم غير الاحتكام إلى الطبيعة الديمقراطية لنظام الحكم، وإلى مبدأ

(١) من ذلك ما نص عليه القانون المدني من جواز إبطال العقد إذا استغل أحد المتعاقدين في المتعاقدين الآخر طويلاً بيناً أو هوياً جاسماً. فهذا المعيار المرن يشع لمختلف الظروف الواقعية، وتحدد تطبيقاته على ضوء مقاييس كل عصر لضوابط الاستغلال في إطار المعيار العام والمرن الذي تبناه القانون المدني.

الخضوع للقانون وفق الضوابط التي التزمها الدول الديمقراطية، سواء في مجال الحقوق التي أقرتها، أو على صعيد القيود على ممارستها التي تتوافق عليها الدول الديمقراطية في ممارستها لوظائفها.

وقد كان هذا الاتجاه ماثلاً في ذهن المحكمة الدستورية العليا عند فصلها في نطاق نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ التي حظرت الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١٩٥٣/١١/٨ بمصادرة أموال أسرة محمد وممتلكاتها، وكذلك مصادرة ما يكون قد انتقل من أفرادها إلى غيرهم عن طريق الوراثة أو المصاهرة أو القرابة.

فقد جرى قضاء المحكمة العليا في شأن الحصانة المقررة بنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، على أنها حصانة نهائية لا رجوع فيها لتعلقها بتدابير من طبيعة استثنائية اتخذتها ثورة ٢٣ يوليو لضمان تحقيق أهدافها. فضلاً عن أن نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ وإن لم يتردد في الصائير، إلا أنه لا يستفاد الحصانة التي قررتها هذه المادة لإغراضها، فلا يكون لتكرار النص عليها، من فائدة^(١).

وإضافة لنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، صدر القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن أموال أسرة محمد على المصادرة، متوخياً منع المحاكم جميعها من سماح أية دعوى تتعلق بالأموال التي صادرها مجلس قيادة الثورة، بما في ذلك ما يكون منظوراً من دعوى أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون، ولو لم يكن الأشخاص المصادرة أموالهم، خصوصاً فيها.

(١) محكمة عليا - القضية رقم ٣ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" جلسة أول فبراير ١٩٧٥ - ص ١١١ من قسم الأول من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية من ١٩٧٠ حتى نوفمبر ١٩٧٦. هذا ونص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ على ما يأتي: "جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التي تصدر بها وصدرت مكملة أو ملغية لها. وكذلك كل ما صدر عن الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات وأحكام. وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التي أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم، لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأي وجه وأمام أية هيئة كانت".

وإذا طعن بعدم دستورية الأحكام المتقدم ببنائها أمام المحكمة الدستورية العليا، فقد صار عليها أن تخوض في نطاق هذه الحصانة؛ ولم ينقضي نص المادة ١٩١ من الدستور ١٩٥٦ عن حصر مجال تطبيقها في أضيق الحدود، وذلك تأسيساً منها على ما يأتي^(١):

أولاً: أن كل حصانة يضيفها الدستور على تدابير بذواتها بما يحول دون إلغائها أو التعويض عنها، ينبغي أن يتقيد مجالها بما يرتبط عقلاً بالأغراض التي توختها، وأن ينظر إليها على ضوء طبيعتها الاستثنائية، وبمراعاة أن الأصل في نصوص الدستور أنها تتكامل فيما بينها.

ثانياً: أن المصادرة التي قررها الدستور في شأن أموال أسرة محمد علي وممتلكاتها، تجب موازنتها بحقوق الملكية التي كفلها، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنائها إلا إذا تحرر للتصديا من مطالبون هذه الحقوق؛ وكان بوسعهم الاستقلال بشئونهم والسيطرة عليها *A self-governing life*.

ثالثاً: أن أموال أسرة محمد علي وممتلكاتها التي صاها قرار مجلس قيادة الثورة، لا تتساقط على أصحابها -في الأحوال- دون جهد يبذل من جانبهم. ولكنها الأعمال التي باشرها سواها في مجال تكوينها أو إنائها -هي التي أنتجتها، فلا يكون تجربدهم منها بدون حق، إلا عدواناً جسيماً عليها.

رابعاً: أن المصادرة التي قررها دستور ١٩٥٦ -والتي لم تلغها التعديلات التي تلتها- على ما قررته المحكمة العليا- لا شأن لها بأموال تملكها أشخاص من غير أفراد أسرة محمد علي؛ ولا بأموال جمعها أحد أفرادها عن غير طريقها، سواء يكسبهم لها قبل انضمامهم إلى هذه الأسرة، أو بتكوينها من خلال أعمال قانونية دخلوا فيها بعد انضمامهم إليها، ولم يكن لهذه الأسرة من شأن بها.

خامساً: أن المصادرة التي صدر بها قرار مجلس قيادة الثورة، لا يجوز أن تشمل غير الأموال التي انتهبتها هذه الأسرة في مصر، إذا قام الدليل على اغتصابها لها. ذلك أن آثار المصادرة لا يجوز أن تكون نكالا بأفراد هذه الأسرة لتحيط بأموالهم جميعاً، فلا يبقى بعد ذلك لهم

(١) للقبضة رقم ١٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٦٢ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧- ص ٩١٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

من شيء يحاولون عليه معاشهم. وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها في إطار علاقة منطقية تصلها عقلاً بأهدافها. فلا يكون تسيطها على هذه الأسرة "ثانياً لوجودها"، ولا مبدأً حقها في الحياة، ولا معطلاً جريان حقوق لا صلة لها بأموال انتهبتها".

• • •

٣٧٤- تلك هي الدعائم التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية المشار إليها.

وظاهر منها أن تعطيل نص في الدستور لحقوق الملكية فيما هو مشروع من مصادرها، بما يجرد أصحابها منها بغير حق، ويعامل أموالهم التي انتهبوا وفق القواعد ذاتها التي تحكم أموالهم التي تلقوها بغيرهم وجهدهم، موداه حرمانهم من الحق في الحياة الملائمة بما يناقض القيم التي تنسب تطور الدستور والتي يندرج تحتها حماية الملكية الخاصة؛ وناتج العمل؛ وكذلك الحق في الحياة.

وفضلاً عما تقدم، فإن ما نقرره بعض التماثيل من عدم جواز تعديل بعض الحقوق المنصوص عليها فيها، موداه أن النصوص التي تكفل هذه الحقوق، ينبغي أن تبقى على حالها بالنظر إلى احتوائها أعلى القيم وأرفعها. وتأتي كرامة الفرد في مقدمة هذه القيم، ومنها تنزع كل حقوق الإنسان كأساس للجربة، وكضمان للسلام وحقوق العدل^(١).

(١) نظر في ذلك المادة ٧٩ من القانون الأساسي الألماني - الدستور - التي تنص بأن تعديل نصوص هذا القانون فيما يتعلق بتقسيم الاتحاد إلى مقاطعات Landar، وإسهاب هذه المقاطعات في العملية التشريعية؛ وكذلك تعديل حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواد من واحد إلى عشرين من ذلك القانون الأساسي، يكون محظوراً.

المبحث الثامن

ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً للدستور

٣٧٥- ليس حق الاقتراع غير تعبير عن حق المواطن في أن يتكلم، وصورة من صور حرية التعبير التي تقوم في جوهرها على تبادل الآراء ومقابلتها ببعض، ثم تقييمها أيا كان مضمون هذه الآراء أو طريقة عرضها، أو مصدرها أو صفة القائمين بها؛ وبغض النظر عن أشخاص من يتلقونها.

وحرية التعبير بذلك مدخل لضمان الحرية الفردية: حرية الفرد في أن يقول ما يراه حقاً، وأن يعرض على الآخرين، الآراء التي يقدّر صوابها أو ضرورة إعلانها ولو عارضوه فيها، وأن ينتقد كذلك توجهاتهم أيا كان مضمونها.

وقد تصادم هذه الحرية السلطة في ركائز سياستها وجوهر اختياراتها، فلا يكون الإصرار على ممارستها إلا ضرورة يقتضيها تحقيق تغيير بالوسائل السلمية في البنيان الاجتماعي؛ وإنهاء لتفرد السلطة واحتكارها حتى تنهيا للفرص الكافية التي يكون فيها الحكم ديمقراطياً.

ولا يتصور بالتالي أن تكون حرية التعبير مقصودة لذاتها، ولا أن يعتصم الأفراد بها تعبيراً عن قدراتهم الذهنية على الجدل وإدارة الحوار؛ ولا أن تكون صرخة في فضاء عريض لا يسمعها أحد.

ذلك أن الأفاق المفتوحة وحدها Free and open encounter، هي الضمان لحرية التعبير، وهي التي تكفل للجماعة طرائق تقدمها. ولا يجوز بالتالي تعطيلها -ولو في بعض جوانبها- ولا أن يكون للقانون معولا ينقض عليها، ليفرض بالقوة صمناً على الآخرين.

ويستحيل بذلك أن تتوافر حرية التعبير بغير التعامل في الآراء والأفكار The free trade in ideas قولاً وثقلاً ونقلًا. فإذا انطلق سوق عرضها، أو كُنْ مقصوراً على فريق دون آخر، لم يعد للأراء مجال يكفل تنافسها أو ترأّسها، بما يناقض جوهر هذه الحرية التي تقتضي تعددية الآراء، ليس فقط في مواجهة الأثرياء الذين يملكون وسائل الإعلام ويسخرونها لمصالحهم؛ ولكن كذلك قبل الدولة لردعها عن اضطهاد خصومها وإسكاتهم.

وإذا جاز القول بأن من الآراء ما يتوخى تزوير الحقيقة، أو تحريفها، أو إشارة الغبار حولها، إلا أن الآراء التي تؤمن بها، هي التي نراها صوابا من خلال الإقناع بمضمونها. لا إقناع بغير تعبير.

وفي إطار حرية التعبير، ليس ثمة فواصل قانونية بين التضييق وإرادة التغيير؛ بين صدق توجهاتها وزيفها؛ بين القبول بالحقائق ومحاولة طمسها؛ بين الإرادة المتحضرة البصيرة، والطريق إلى تغييرها. ولا يحول ذلك دون القول أن حرية التعبير لا تتوخى أصلا غير إزهاق للباطل بالحق، والتعبير بمظاهر القصور في العمل العام، وتحديد نطاق حقوق الأفراد وحياتهم، ودول عن أوضاع تعارضها إلى بدلتها.

وحرية التعبير بذلك في اتصال مباشر مع إرادة التغيير في كل قطاع، اجتماعيا كان أم اقتصاديا أم سياسيا. ومن ثم لا تكمل جدلا عقيما، ولا حواراً حول قيم نظرية تنفصل عن واقعها. ولا تنحصر أهدافها كذلك في مجرد تقويم نظم الحكم غير الديمقراطية وتصحيحها. ذلك أن دائرتها أعمق في رعايتها، وأعرض في مجالاتها، ووسائل تحقيق متطلباتها.

والعلوم بمنامجها وبحوثها وتباين أفرعها، منخلها حرية التعبير، لا يتحقق تراوها في عيبتها؛ ولا تنتهى فرص تطويرها ما لم تفتح آفاق حرية التعبير لطرق أبوابها كل ولقد يريد أن ينهل من روافدها.

وليس لازماً أن تكون الآراء التي تشملها حرية التعبير محددة بصورة قاطعة؛ ولا أن يكون بيانها جليا فلا يغلطها الفهم؛ ولا أن تكون هي الحق فلا يأتينا باطل؛ ولا أن يكون توجهها بقصد تحقيق مصلحة لها وزنها. ذلك أن غموضها لا يسقطها من الاعتبار. وليس بشرط لوجودها أن تنحصر فيما هو صادق من الأقوال. وجهامة بعض الآراء أو جمودها أو تغلفها، لا يجوز أن يمنعها. ولا ينال منها كذلك انصرافها إلى التسميم؛ ولا تعلقها بحالة بذاتها تقتصر عليها. وتغضيل بعض الآراء على بعض، يؤكد حرية الاختيار ترجيحاً لأكثرها ملائمة لتحقيق تغيير يكون مطلوباً بوجه عام.

ذلك أن الغاية النهائية لكل تنظيم، هي ضمان حرية الأفراد في مجموعهم والعمل على تنمية ملكاتهم.

وحريتهم هذه هي الطريق إلى رخائهم، فلا يتكلمون بغير ما يؤمنون، ولا يؤمنون إلا بما يتكلمون. وأحاديثهم دائماً هي الأفكار التي طرحتها عقولهم. وهم يحرسون علي نشرها والترويج لها بوصفها خطرة على طريق الديمقراطية التي تفترض تسميحها مع خصوصيتها واستجابتها لحكم العقل؛ ويرفضها المفاهيم القائلة بأن ما تتوخاه حرية التعبير، هو تأكيد للشخصية الفردية، وضمن ذاتيتها. ذلك أن حرية التعبير لا تدور -في غاياتها- حول ذات الفرد. وإنما محورهما الجماعة ليس فقط في خياراتها وطموحاتها، وإنما كذلك في وسائلها إلى تفويض اعوجاج قائم، وإلى تحقيق تطور تراه ضرورياً. ولئن كان بنيلها ثمة جهود متفرقة، إلا أن هذه الجهود في تكاتفها، هي التي ترشدنا إلى الطريق الأفضل لخطاها.

ومن ثم لم يجز في مجال حرية التعبير، التمييز بين صورها بطريقة انتقائية. ولا أن يكون الحمل على اعتناق بعض الآراء ولقما في نطاق قيمها؛ ولا التفرع بمخاطر تلبسها -على غير الحقيقة- لإزالتها أو لقمعها.

وليس لازماً كذلك أن يكون التعبير أولاً. إذ قد يكون سلوكاً أو شيئاً بالآراء التي يراد إعلانها والتي لا يجوز تصنيفها بالنظر إلى موضوعها، أو على ضوء آثارها، ولا مصادر طرائق نقلها، بما يحول دون تداولها اتصالاً بها وتفاعلاً معها.

وكما تدخل المشرع بتدابير من شأنها تقويض الحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير؛ كان ذلك منها لأهدافها، مستغلاً نقل رسالتها -هي الآراء التي تقارنها؛ ضحيتها وباطلها- إلى هؤلاء الذين تتغيا إيلажهم بها^(١).

وكثيراً ما يعود إجهاض الدولة لهذه الجرية، إلى اعتراضها بالوسائل التي تملكها -على مضمون آراء بثواتها، أو إلى توهمها مخاطر تنسبها إلى ما تتصوره من أضرار تنجم عن اتصال آخرين بها. فلا يبقى لحرية التعبير غير صورتها المنطنة المجافية لحقيقتها.

وهو ما يتحقق بوجه خاص من خلال تحفظها على بعض الآراء، قسولاً منها باتصال الآخرين بها بطريق غير مشروع^(٢).

(١) Police Department of the city of Chicago. V. Mosley, 408 U.S. 92, 95-96 (1972).

ويتعين بالتالي إذا أريد حرية التعبير أن تحيا في إطارها الصحيح، أن نوازنها بمخاطر إطلاقها من القيود، فلا يكون تدخل الدولة مقبولا إذا جاوز مجرد تنظيمها إلى حد توقيف أهدافها.

فإذا لم يكن تقييد هذه الحرية -في أحوال بذاتها- متصلا بمخاطر ظاهرة نترها -سواء كانت حالة أو راجحة أسبابها- فإن إطلاقها من عقلاها، يكون واجبا.

وحرية التعبير هذه، هي التي جاء قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأنها قاطعا في أن: <<ضمان نص المادة ٧٤ من الدستور لحرية التعبير عن الآراء- سواء في مجال الاتمكين من عرضها، ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتكوينها، أو بخير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم للحوار المفتوح (إلا في نطاقها) وأن هذه الحرية أعمق تأثيرا في مجال اتصالها بما هو عام من الشؤون؛ وأن حق الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها ليس مطلقا على صحتها؛ ولا متمشيا مع الاتجاه العام في بيئة بذاتها؛ ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها>>.

<<فضلا عن أن الذين يعتصمون بنص المادة ٤٧ من الدستور، لا يملكون مجرد الدفاع عن القضايا التي يؤمنون بها؛ بل كذلك اختيار الوسائل التي يقرون مناسبتها وفعاليتها في مجال عرضها أو نشرها، ولو كان بوسعهم إحلال غيرها محلها لترويجها>>.

<<ذلك أن ضمان الدستور لحرية التعبير، توخى أن يهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة في أعماق منابتها بما يحول بين السلطة وفرض وصليتها على العقل العام، فلا تكون معاييرها الشخصية مرجعا لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه، ولا علقا بحول دون تكلفتها>>.

<<كذلك فإن أكثر ما يهدد حرية التعبير، أن يكون الإيمان بها شكليا، أو أن يفرض أحد على غيره إصماتا ولو بقوة القانون. بل يتعين الإصرار عليها بوصفها قاعدة لكل تنظيم ديموقراطي لا يقوم إلا بها. ولا يحو الإخلال بها أن يكون إنكاراً لحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أولتها، وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط عقلا بأهدافها. فلا يعطل المشروع

(١) ومن ذلك قولها بأن حرصها على نفاذ الطرق من الأوراق التي تلقى فيها، يقتضيها جمعها في صناديق التلمذة، كي تخفي بهذا الادعاء، رغبتها في ألا يقرأ أحد ما حوته تلك الأوراق من عبارات.

مضمونها، أو يناقش الأغراض المقصورة من إرسائها؛ ولا يتسلط عليها المناهضون لها من خلال وجهة نظر يقولون بها استعلاء ولو كان ألقها ضيقاً، أو كان عقماً وتحزيباً بانياً^(١).

وما تقدم مؤداً، أن إجهاض الدولة لأراء لا تقبلها بالنظر إلى مضمونها، يبال بالضرورة من حرية التعبير، سواء تدخلت بطريق مباشر لإساعها، أو كان تدخلها مائراً بأن كان محايداً في مظهره، دالاً في حقيقته على نواياها، ومؤكداً رغبته في السيطرة على الآراء التي تعارضها، وإيقاع جزاء على تناولها.

ولئن صح القول بأن الدولة قلما تعلن عن مقاصدها من تشريعاتها أو إجراءاتها، ولو كان من أثرها التدخل في حرية التعبير بقصد تحجيمها أو قتلها، إلا أن هذه الآثار هي التي يتعين أن يركز قضاء الشرعية الدستورية اهتمامهم عليها، وصولاً لتحديد نطاق هذا التدخل؛ وما إذا كان كافلاً تدفق الآراء على اختلافها، أو منتهياً إلى إجهاضها.

ولا يجوز بالتالي أن تفاضل الدولة بين المتحدثين في اجتماع عام من خلال دعمها لأحدهم دون الباقيين. إذ ليس لها أن تفرض إملاء موضوع أحاديثهم، ولا أن تحدد أشخاصاً بذواتهم لتناولها؛ ولا أن تبصر الحاضرين بمخاطرها؛ ولا أن تمنعهم من مناقشتها؛ ولا أن ترصد موقفهم منها. ذلك أن موضوع الاجتماع لا يخص غير الذين ينقلون أبعاده والذين ينقلونها. ولا تقتصر القيمة الحقيقية لحرية التعبير في مجرد النطق بأراء تؤمن بها، وإنما تكمن أهميتها وحيويتها في نقلها إلى الآخرين لإبلاغهم بها بما يكفل اتساع دائرتها.

المطلب الأول

المنخل إلى حق الاقتراع

٣٧٦- وحرية التعبير هذه، هي مدار حق الاقتراع، ومحور تنظيم العملية الانتخابية وإدارتها. فلا يكون ضمان هذه الحرية إلا عنصراً فاصلاً فيها، دالاً على مصداقيتها، كافلاً حقوق المواطنين -المؤهلين لمباشرة الحقوق السياسية- في الإدلاء بأصواتهم بما لا يخل بتكافئها فيما بينها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٢٧ -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- ص ٤٧٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فلا يتفاوتون في وزن أصواتهم، ولا في فرص تمثيلهم في المجالس النيابية. وإنما يتساوون في قيمتها من خلال التوفيق قدر الإمكان بين عدد السكان في الدائرة الانتخابية، وعدد المرشحين الذين ينتخبون منها.

ويتعين كذلك أن تتوافر للمرشحين في الدائرة الانتخابية جميعها، الفرص ذاتها التي يعرفون من خلالها هيئة الناخبين ببرامجهم ويقدرونهم على الدفاع عن مصالحها، كي تفاضل بينهم على ضوء اقتناعها بأجدرهم في الحصول على نفعها.

ولئن جاز القول بأن هذه الحقوق جميعها تبلور مصالح مختلفة، إلا أنها تتحد في جذورها، ذلك إنها نتاج النظم التمثيلية القائمة على حرية اختيار هيئة الناخبين وفق قواعد موضوعية لا تميز فيها - لهؤلاء الذين يديرون عنها في مجالس الدوائر Deliberative Assemblies التي يسميها البعض نارة بالمجالس التمثيلية Representative Assemblies وطورا بالمجالس النيابية Parliaments.

الفرع الأول

التقيد على حق الاقتراع

٣٧٧- ولقد كان حق الاقتراع Le droit du suffrage مقيدا من خلال قصره على أشخاص بذواتهم بناء على ألقابهم، أو ثروتهم أو طبقتهم السياسية^(١)، أو قدراتهم الذهنية التي تحدها ألوانهم^(٢) Suffrage Capacitaire. ثم صار حق الاقتراع عاما وسريا ومنكافئا Universal, égal et secret وتقرض هذه الشروط نفسها على المشرع، فلا يجوز حرمان العسكريين أو المعارضين من مباشرة هذا الحق، ولا للتمييز في مجال الانتفاع به بين الرجل والمرأة؛ ولا بين القادرين ماليا Le aptitudes intellectuelles والمعوزين، ولا بين المتفوقين عقليا Le capacités fiscales والمتخلفين؛ ولا للنظر إلى الاقتراع باعتباره حقا اختياريا، لا وظيفة يتعين أن تؤدي، فلا يتخلى مواطن عنها.

(١) كبطقة البروليتاريا في الاتحاد السوفيتي قبل تصدعه.

(٢) ومن ذلك اعتماد بعض الولايات الأمريكية الزوج من حق الاقتراع حتى في القرن العشرين.

الفرع الثاني

خصائص حق الاقتراع

٣٧٨- ويتعين دوماً أن يكون الاقتراع شخصياً، لا جماعياً^(١) Le vote plural ولا أسرياً Familiar، وأن يكون علنياً^(٢). ولا يجوز في أية حال تقرير مزاي لأشخاص في مجال مباشرة هذا الحق، بما يجعلهم أكثر أهمية من سواهم.

ويبائثر قضاء الشرعية الدستورية، لدى صور رقابتهم وأكثرها صرامة في مجال تقييمهم لصور التمييز التي يفرضها المشرع في شأن حق الاقتراع - والتي تتحدد دستوريته على ضوء قدر فعاليتها لضمان هذا الحق، ومقاولتها في مجال تنفيذه^(٣) - وعلى تقدير أن غايتها هي أن يتكافأ المواطنون في وزن أصواتهم بما يكفل تساويهم في قيمتها، فلا يكون لأبهم في النظم التمثيلية التي تقوم على إرادة الاختيار، غير صوت واحد Un electeur égale un voix- one man one vote.

ولا يجوز بالتالي التمييز بين المواطنين بصورة انتقائية لحرمان المعاقين جسدياً، أو الذين لا يجيدون الكتابة، أو الذين يرفضون أخذ بصمة إصبعهم، من هذا الحق. ذلك أن قضاء الشوعية الدستورية، لا يقبلون من المصالح التي يسوغ بها المشرع القيود التي يفرضها على حق الاقتراع، غير تلك التي تكون قاهرة في حقيقتها Compelling interests، وبشرط أن يكون ضمان المشرع لها بأقل الوسائل تقييداً لهذا الحق The least restrictive means.

الفرع الثالث

ضوابط مباشرة حق الاقتراع

٣٧٩- ويتعين دوماً أن تفصل بين كل اقتراع وآخر فترة زمنية معقولة^(٤) La périodicité raisonnée de l'exercice par les électeurs de leur droit de vote ولن يتخذ المشرع من الوسائل

(١) C.C. 78- 101 D.C., 17 janv 1979, R.p. 23.

(٢) بطل المجلس الدستوري الفرنسي لانتخابات كاملة لأنها لم توفر فرص التصويت السري.

Proclamation du 9 nov.1988, R.p. 199.

(٣) Harper V. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 [1966].

(٤) C.C. 90- 280 D.C., 6 dec. 1990, R.p. 61.

ما يكفل إسهام أكبر عدد من المواطنين في عملية الاقتراع، ولأن يكون تنظيمه بالتسالي لشروط مباشرة الحقوق السياسية، مفهوماً وفعالاً.

فلا يناقض هذا التنظيم طبيعة هذه الحقوق، ولا متطلباتها، ولأن جازل للمشرع استبعاد القصر والجانحين الذين لم يرد إليهم اعتبارهم، وكذلك من أصابهم عارضٌ في العقل، من نطاقها^(١)؛ إلا أن حرمان الأسوياء -لما كان لونهم أو قدر ثقافتهم أو طبيعة مراكزهم- من الحقوق السياسية التي صاروا مؤهلين لمباشرتها بحكم نضجهم ونقاء سمعتهم؛ يكون محظوراً، سواء تعلق الأمر بحق الاقتراع أو بالحق في الترشيح، ذلك أن هذين الحقين يتبادلان التأثير فيما بينهما، ويفترضان مباشرتهما من خلال نظم انتخابية لا يملئها التحكم، بما يفقدها إنصافها.

وإذا جاز أن يغير المشرع بين شروط مباشرة حق الترشيح، وشروط مباشرة حق الاقتراع، إلا أن صفة المواطنة هي التي يفتح بها الطريق لمباشرة حق الاقتراع وفق شروط متكافئة يناقضها تقسيم المواطنين إلى فرق شتى^(٢) ولو قام الدليل على تناقض مصالحهم. ذلك أن الأصل في السيادة أنها لا تتجزأ، بما مؤدها وحدة الكيان السياسي للجماعة. وهي وحدة لازمها وحدة الشروط التي يباشر الناخبون من خلالها حق الاقتراع، فلا يتبايزون فيها بنساء على فوارق اجتماعية أو أسرية أو دينية أو جنسية. فالعاطلون والأثرياء يتكافأون في شرط المواطنة، وهي مصدر تساويهم في حق الاقتراع...

كذلك فإن الطبيعة الديمقراطية لنظم الحكم، لازمة أن يكون حق الاقتراع شاملاً كافية الناخبين المؤهلين لمباشرة هذا الحق، وأن يكون منتجاً.

(١) نلاحظ أن المشرع قد يشترط لمباشرة الناخب لحق الاقتراع، أن يكون مقيماً في الدائرة الانتخابية التي ينتمي بصوته فيها. ومثل هذا الشرط لا عبر فيه، 34، R.P. 226 D.C., 2 Juin 1987, C.C. 87 على تقدير أن ممن يقيمون في الدائرة يدركون مشكلاتها ويصبرون اهتمامها، ويقفون على حقيقة الأمر في شأن المرشحين بها، وعناصر التفضيل فيما بينهم، وليس لمواطن بالتالي حرية اختيار الدائرة التي يقود فيها، ومع ذلك فإن المدة التي يشترطها المشرع لإقامة الناخب في الدائرة الانتخابية، هي التي تجوز للمجادلة فيها، والاعتراض عليها من ناحية دستورية وذلك إذا جاوز المشرع بها الحدود المنطقية. وهو أمر تقدر جهة الرقابة على الدستورية.

(٢) C.C. 82- 146 D.C. 18 Nov. 1982, R.p. 66.

فلا يباشره هؤلاء بما يؤثر في وزن أصواتهم؛ أو يفرقها أو يحوها؛ أو بما يفصل حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس النيابية، عن حق الناخبين في المفاضلة بينهم ترجيحاً من جانبهم لأكثرهم في الدفاع عن مصالحهم.

وإنما يتعين دائماً أن تتكامل مراحل العملية الانتخابية، وأن يوفر لها المشرع الأسس المنطقية اللازمة لضبطها؛ بما يصون حينئذ، ويحقق تكافؤ الفرص بين المترشحين فيها في إطار من الحقائق الموضوعية التي تتصل بها؛ ودون إخلال بتبادل الآراء في نطاقها تبادلاً حراً غير معاق، حتى لا تتلون الحياة السياسية بلون واحد، ولا تكون الإرادة الواحدة من أعلى، محورا لها أو موجها لحركتها^(١).

على أن يكون مفهوماً أن قصر حق الاقتراع على المواطنين لا يجوز أن يتعلق بغير انتخاباتهم التي يعبرون من خلالها عن السيادة الوطنية. ويجوز بالتالي أن يكون غير المواطن نائبا في اللطم النقابية والجامعية، وفي اختيار مجلس إدارة المشروع^(٢).

الفرع الرابع

إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع

٣٨٠- وقد حرص نص المادة ٨٨ من دستور مصر -لأول مرة- على أن يهبط أعضاء الهيئات القضائية إشرافهم على عملية الاقتراع حتى يسكوا بأيديهم، ويكون إشرافهم عليها حقيقيا لا منتحلاً، وشرط ذلك أن يكون هؤلاء الأعضاء قضاة بمعنى الكلمة يفسلون فيما عهد به الدستور إليهم من خصومات قضائية إما كانت طبيعتها. ولا يعتبر في حكم للقضاة أعضاء النيابة الإدارية أعضاء هيئة قضايا الدولة ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ملحقون بهم في بعض ضماناتهم كخطر

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٦ أبق "مستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ -ص ٤٧٦ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن صفة الشخص كمواطن في الاتحاد الأوروبي، تفتح الطريق لمباشرته حق الاقتراع في الانتخابات الأوروبية. C.C.92 - 308 D.C.9 avril 1992, R.P. 25 بين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية" -المنشور في ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها وضمائنها. وذات القاعدة تنطبق على هيئة قضايا الدولة.

عزلهم إلا عن طريق مجالسهم الانتخابية. وليس من شأن هذا الإلحاق أن يضيفهم إلى القضاء ولا أن يجعلهم في حكمهم^(١) على أن يكون مفهوماً أن عملية الاقتراع التي يشرفون عليها، لا تقتصر على مرحلة إدلاء المواطنين بأصواتهم في الصناديق الانتخابية؛ ولا على فرز أصواتهم هذه لتحديد صحيحها من باطلها ثم رصد ما؛ ولكنها تشمل كذلك -بحكم الاقتضاء العقلي- كافة المراحل التي تسبقها بشرط إضاعتها إليها. ذلك أن الذين يدلون بأصواتهم في صناديق الاقتراع، هم المواطنون المؤهلون لمباشرة الحقوق السياسية. والتقدير في الجداول الانتخابية بعد تحقيق بياناتها، هو الدليل على أن المدرجين بها، مواطنون يملكون هذه الحقوق. فلا تكون مراقبة عملية التقيد في هذه الجداول إلا عملاً قضائياً لا ينفصل عن ذات الحق في الاقتراع.

ويتعين بالتالي أن يبسط القضاء ومن في حكمهم إشرافهم على تلك الجداول بقصد تنقيتها من شوائبها حتى لا يدرج فيها دخلاء عليها لا صلة لهم بها.

وإذا كان من شروط مباشرة الحقوق جميعها -ربض النظر في طبيعتها- أن تتوفر لها بيئتها الملائمة؛ فلا يرد أصحابها عن طلبها، ولا يرهقون في الانتفاع بها؛ فإن طريق الناخبين إلى صناديق الاقتراع؛ يتعين ألا يعاق بوعد أو بوعيد.

ذلك أن إغراءهم لحملهم على التصويت على نحو معين؛ أو منعهم من النفاذ إلى الصناديق الانتخابية، تعطيل لحقهم في الاقتراع لا يقل سوءاً عن إحطال صحيح أصواتهم أو تكريس تلك الصناديق بأصوات لم يدل أحد بها.

(١) يبين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية" -المشور لى ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر الهيئة الإدارية هيئة قضائية لى تشكيلها وعضائها. وذات القاعدة تطبق على هيئة قضائية للدولة. بيد أن هذا الحكم منقذ. ذلك أن بسط إشراف أعضاء الهيئات الانتخابية على مباشرة المواطنين لحق الاقتراع هو أن يتوافر لهؤلاء الأعضاء الاستقلال والحيدة الكاملة التي لا تجعل للسلطة التنفيذية تأثيراً عليهم، وهو ما لا يتحقق لا في الهيئة الإدارية ولا في هيئة قضائية الدولة. كذلك فإن البين من استقراء نصوص دستور مصر، أنه لم يطلق وصف الهيئة القضائية إلا على مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا. وهما هيئتان قضائيتان تفصلان في منازعات من طبيعة قضائية. فإذا أراد المشرع أن يلحق بها هيئات قضائية أخرى، تعين أن تتوافر لى الهيئة القضائية التي ينشاء، خاصية الفصل في منازعات من طبيعة قضائية.

ويتعين بالتالي إذا أريد لحق الاقتراع أن يكون متكاملًا وفق الدستور، أن يفرض القضاء ومن في حكمهم إشرافهم على العملية الانتخابية من بدئها وحتى نهايتها. فذلك هو ما قصد الدستور إليه تحقيقه بنص المادة ٨٤ التي صاغها لضمان دوران العملية الانتخابية في كافة مراحلها وفق ضوابط سيرها الصحيح. فلا يشوهها تدخل في شأن من شئونها يخل بمصداقيتها، ويقحم الفائزين فيها على هيئة الناخبين بالخداخ والتليس.

ولم يكن ممكنا في إطار أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، أن يتم الاقتراع في اللجان الانتخابية بطريقة ديمقراطية تكون نتائجها تعبيرا عن حقيقة ما تم فيها. ذلك أن عملية الاقتراع ذاتها تتم في اللجان الفرعية -لا في اللجان العامة- وذلك وفقا لصريح الفقرة ٥ من المادة ٢٤ من هذا القانون^(١).

وبينما نص قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية في المادة ٢٤ على أن يكون رؤساء اللجان العامة من بين أعضاء الهيئات القضائية في جميع الأحوال، فإن هذه المادة ذاتها لا تقتضى هذا الشرط في رؤساء اللجان الفرعية، وإنما تجيز تعيينهم من بين العاملين في الدولة أو القطاع العام. أما أعضاء الهيئات القضائية، فلا يختارون لرئاستها، إلا بقدر الإمكان.

ولم يكن القضاء بالتالي يحكمون قبضتهم على اللجان الفرعية، ولا يصرفون شيئا من أمورها. وإنما كان يهيمن عليها العاملون في الدولة أو القطاع العام الذين يسهل دائما إخضاعهم لتأثير السلطة التنفيذية وضغوطها، بل وتهديداتها بالنظر إلى أن وظائفهم لا تؤمن حياتهم، ولأنهم خاضعون مباشرة لرؤسائهم التابعين أصلا للسلطة التنفيذية، والذين لا يلتزمون بخير توجهاتها، مما جعل العملية الانتخابية بعيدة في قواعد ضبطها عن الحيطة، منافية في سيرها للتجرد، بل تحيطها المبالاة من خلال السلطة التنفيذية التي تفرض عليها إرادتها، حتى بعد تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية بقانون آخر، هو القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠.

(١) تنص الفقرة (٥) من المادة ٢٤ المشار إليها على أن تشرف اللجان العامة على عملية الاقتراع لضمان سيرها وفقا للقانون، أما عملية الاقتراع فتبثرها اللجان الفرعية.

ذلك أن هذا القانون، وإن نص في المادة ٢٤ مكرراً، على أن تشكل في مقر كل لجنة من اللجان العامة، لجان إشرافية يكون رؤساؤها وأعضاؤها من الهيئات القضائية، على أن تباشر كل واحدة منها إشرافها على عدد من اللجان الفرعية، وبما يكفل تماسكها - في عددها - مع مواقع المقار الانتخابية وعدد ما بها من لجان فرعية؛ إلا أن اللجان الإشرافية الجديدة، لم يكن يوسمها أن تتبسط إشرافها الحقيقي على اللجان الفرعية التي تخصصها. إذ يفترض ذلك تواجدها في اللجان الفرعية التي تشملها برقياتها منذ بدء العملية الانتخابية وحتى انتهائها في الزمن المحدد لها.

وهو لفروض غير متصور عملاً، لأنها تتردد فيما بين هذه اللجان الفرعية؛ ولا يتصور أن تظهر فيها جميعاً في آن واحد. بل يكون إشرافها عليها، ولقماً في فترة قصيرة، هي تلك التي تقضيها في كل لجنة من اللجان الفرعية أثناء مرورها بها حتى إذ غادرتها؛ انفرط عقد العملية الانتخابية من جديد، ولا يمتد سوى أيتها، وخالطها كل عمل أو إجراء يقوض مصداقيتها، ويهبط بقيمتها، ويسطل الأغراض المقصودة منها.

فلا تظهر العملية الانتخابية باعتبارها ولقمة في إطار السيطرة الكاملة للجان القضائية الإشرافية؛ وإنما هي نظرة عابرة تلقى عليها، فلا تبصر حقيقة واقعتها، ولا تحيط بدخلاتها، ولا يكون نتائجها بالتالي سلطة تشريعية وقع اختيار هيئة الناخبين على أعضائها، وإنما هي سلطة تشريعية أفرزتها السلطة التنفيذية بتدخلها المسافر في العملية الانتخابية، وتوجيهها لها.

ومن ثم تباشر السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة ٨٦ من الدستور على ضوء خضوعها للمباشر للسلطة التنفيذية بالنظر إلى اندماجها فيها؛ ولأنها تدن في وجودها لها.

وكان منطقياً بالتالي أن يتطرق للبطلان إلى كثير من القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية؛ وإلى تكوين هذه السلطة في ذاتها من خلال أحكام متناقضة كان آخرها الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية بجلستها المعقودة في ٨ يوليو ٢٠٠٠ الذي قضى بأن شرط إجراء عملية الاقتراع وفقاً لنص المادة ٨٨ من الدستور، أن يكون رؤساء اللجان الفرعية من بين أعضاء الهيئات القضائية كضمان نهائي لحيدة العملية الانتخابية، وكطريق وحيد إلى الديمقراطية

في مفهومها الصحيح^(١)، وإذا صدر بعد هذا الحكم النهائي قانون يحدد تنظيم العملية الانتخابية وفق مقتضاة - هو القانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ - إلا أن هذا القانون كان محيياً كذلك من النواحي

الآتية:

أولاً: أن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وإن عدل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من هذا القانون بما يكفل تعيين رؤساء للجان الفرعية التي يتم الاقتراع من خلالها، من بين أعضاء الهيئات القضائية؛ إلا أن هذه اللجان التي كان يصدر بتشكيلها قرار من وزير الداخلية، لا يزال محظوراً عليها مباشرة عملية فرز أصوات الناخبين، إذ يتم هذا الفرز - عملاً بنص المادة ٣٤ من ذلك القانون - عن طريق لجنة الفرز التي يرأسها رئيس اللجنة العامة ويكون رؤساء اللجان الفرعية أعضاء بها. وقد كان هذا الاتجاه مفهوماً قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيدة بجدولها برقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية". فقد أبطل هذا الحكم ما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية. وإذا صار رؤساء هذه اللجان جميعهم من هؤلاء الأعضاء، فلم يعد منطقياً إقصاء هذه اللجنة عن عملية فرز الأصوات التي أدلى بها أمامها، ولا أن يكلفها المشرع بنقل صناديقها إلى لجان الفرز التي تبعد مواقعها كثيراً عن اللجان الفرعية بما يسهل تغيير هذه الصناديق أو تكديسها بأصوات جديدة لم يدل أحد بها، أو نزع أصوات صحيحة منها تلاعباً فيها، بما يفسد العملية الانتخابية ويثبوه نتيجتها.

وكان الأولى أن تفرز أصوات الناخبين في اللجنة الفرعية في حضور مندوبين عن المرشحين، وبعد التحقق من صحتها، على أن تنصل اللجنة العامة في كافة الطعون المتعلقة بها وغيرها مما ينصل بدوران العملية الانتخابية وفق صحيح القانون، كالفصل في ادعاء حرمان أصناف أحد المرشحين من دخول اللجان الفرعية، أو إكراههم على الإدلاء بأصواتهم في اتجاه دون آخر.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ٨ يولييه ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٧٨ - ص ٦٦٨ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانياً: أن عملية الاقتراع في ذاتها تتدخل مراحلها، ولا تقتصر بالتالي على المرحلة التي يدلي الناخبون فيها بأصواتهم في صناديق الاقتراع، وإنما تنقسم وترتبط بها مرحلتان أخريان.

أولاهما: مرحلة التديد في الجداول الانتخابية. وهذه يتعين أن يكون تحقيقها، وليس مجرد الفصل في الطعون المتعلقة بها^(١) -موكلاً إلى الهيئة القضائية- ذلك أن الأشخاص الذين يقيدون في هذه الجداول يملكون مباشرة الحقوق السياسية، وغير محرومين منها بالتالي أو موقوفين عن استعمالها. وبذلك مهمة قضائية صرفة لا يجوز أن تتولاها وزارة الداخلية، وهي جزء من السلطة التنفيذية.

ثانيتهما: مرحلة دوران العملية الانتخابية -وهي الأهم- ذلك أنها تتصل بكل ولعة تلابس سيرها وتبطلها. ومن ذلك نوع التبدل التي اتخذتها وزارة الداخلية قبل الناخبين لمنعهم من التوجه إلى صناديق الاقتراع، أو للتأثير في وجهة أصواتهم وحملهم على الإدلاء بها على نحو معين، أو إفزازهم بالتهديد لصرفهم عن واجبهم في الدعوة لأحد المرشحين، أو حرمان مندوبي المرشحين من مراقبة عملية إدلاء الناخبين بأصواتهم ورصدها، أو إرهاب رؤساء اللجان الفرعية بأوضاع غير ملائمة يعملون فيها، أو الامتناع عن تلبية طلباتهم التي يتوخون بها ضبط العملية الانتخابية، وضمان حيدتها.

ثالثاً: أن عملية الاقتراع في ذاتها، تفرض التحقق من صفة الأشخاص الذين يدلون بأصواتهم في اللجان الفرعية ويتعين أن يتم التدليل على صفتهم هذه من خلال أوراق رسمية، وليس عن طريق أشخاص يتعرفون على الناخبين كمندوبي المرشحين.

(١) تنص المادة ٦٥ من قانون مباشرة الحقوق السياسية على أن لكل ناخب قيد اسمه في جداول الانتخاب أن يطلب قيد اسم من أهمل بغير حق أو حذف اسم من قيد من غير حق أو تصحيح البيانات الخاصة بالتدبير. وتنص المادة ١٦ من هذا القانون على أن تفصل في الطلبات المشار إليها في المادة السابقة لجنة مؤلفة من رئيس المحكمة الابتدائية رئيساً وعضوية مدير الأمن بها!! ورئيس نيابة واختاره النائب العام.

المطلب الثاني

ضمان مصداقية العملية الانتخابية.

٣٨١- ترتبط مشروعية ومصداقية التمثيل النيابي في بلد ما، بالكيفية التي يباشر المواطنون من خلالها حق الاقتراع. وهو حق لا يجوز التمييز فيه بين المواطنين، ولا قصره على من يملكون مصادر الثروة، أو حجبه عن المعارضين، أو تقريره بما يخل بتكافؤ أصوات الناخبين في وزنها، أو على نحو ينقض تساويهم في فرص مباشرتهم لحق الاقتراع. ذلك أن السيادة لا يباشرها إلا المواطنون في مجموعهم. وهم يمارسونها بطريق غير مباشر من خلال أصواتهم التي يختارون بها من يمثلونهم في المجالس النيابية.

ويفترض انضمامهم إلى الدولة كوحدة سياسية تجمعهم، وحدة للشروط التي يمارسون السيادة من خلالها. فلا يجوز التمييز بينهم في ذلك، بناء على أوضاع طبقية أو اجتماعية أو أصلية أو على ضوء صفاتهم أو مصالحهم أو توجهاتهم أو انتماءاتهم، أو لغير ذلك من العوامل التي لا شأن لها بطبيعة حق الاقتراع ولا بالشروط المنطقية لمباشرة هذا الحق.

ومن ثم يرتبط مفهوم المواطنة بمباشرة المواطنين لحقوق السيادة الوطنية، سواء كان ذلك بصفتهم ناخبين يتمتعون بالفرص الحقيقية التي يفاضلون من خلالها بين المرشحين على ضوء اقتناعهم بقدرتهم على التعبير عن القضايا التي تعنيهم؛ أم بوصفهم مرشحين يفاضلون وفق قواعد منصفة من أجل الفوز بالمقاعد التي يتنافسون للحصول عليها في المجالس النيابية.

وقد كفل الدستور لكل مواطن حق الانتخاب وحق الترشيح وهما حقان يتبادلان التأثير فيما بينهما، ذلك أن ما يفرضه المشرع من قيود غير منطقية على أحدهما، يتعكس بالضرورة سلباً على الآخر. ومن ثم كان ضمان حرية الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، وحرية مفاضلتهم بين المرشحين في الحملة الانتخابية، من الشروط الجوهرية لصحة جريانها، فلا تعطل حينئذ أموال تتدفق فيها بغير ضابط، ولا تدابير بوليسية ترهق المتزاحمين عليها وتصرفهم عنها، أو تنزع الناخبين بما يشبههم عن الإدلاء بأصواتهم. وصار لازماً بالتالي ضمان فرص حقيقية للناخبين في تقرير مصير الحملة الانتخابية؛ وللمرشحين في مجال عرض برامجهم والدفاع عنها، وأن يكون الحوار بين هؤلاء وهؤلاء جوهر الحملة الانتخابية، ودليل صدق نتائجها. فلا تؤثر فيها عوامل

خارجية تجعل إسهام المواطنين في الحياة العامة صورة بغير مضمون. ويتعين على الأخص أن تتوازن حقوق المرشحين فيما بينهم، وأن تتكافأ فرصهم في النفاذ إلى وسائل الإعلام، وألا تكون سطوة المال طريقهم إلى صندوق الاقتراع.

وإذا كان ضمان مصداقية العملية الانتخابية، يفترض حيدة القواعد القانونية التي تنظمها سواء تعلق الأمر بزم أو مكان إجرائها أو كيفية مباشرتها؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية - وهي جهة غير قضائية - أن تتفرد بتقرير مصير العملية الانتخابية التي تتكبان الضغوط التي تؤثر في نتائجها، وكذلك القوانين التي تتدخل في تنظيمها، وطرائق القيد في الجداول التي تحدد هيئة الناخبين؛ وكان فصل السلطة التشريعية في صحة عضوية أعضائها، خروجاً على طبيعة وظائفها؛ إلا أن دستور جمهورية مصر العربية انحاز إلى السلطة التشريعية انحيازاً كاملاً، بأن جعل قولها فصلاً في شأن توافر شروط العضوية في أعضائها أو تخلفها، وذلك بما تنص عليه المادة ٩٣ من الدستور من أن العضوية لا يجوز إبطالها إلا بقرار يصدر عن السلطة التشريعية نفسها بأغلبية ثلثي أعضائها.

ذلك أن نص المادة المشار إليها يقضى بما يأتي:

يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه. وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى مجلس الشعب بعد إحالتها من رئيس المجلس. ويجب إحالة الطعن خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم المجلس به. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال ٩٠ يوماً من تساريخ إحالته إلى محكمة للنقض.

وتعرض نتيجة التحقيق والرأي الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعون خلال ٦٠ يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس.

ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس.

وقد حال هذا النص دون بناء للحياة السياسية في مصر على أساس سليم، بل أدى إلى إفسادها. ذلك أن الأصل هو أن يغوز بمقاعد السلطة التشريعية هؤلاء الذين اختارتهم حقاً وصدقاً هيئة الناخبين. فإذا ثار نزاع حول صحة عضويتهم، كان هذا النزاع قضائياً في طبيعته.

٣٨٢- ويتعين بالتالي أن تتولى الفصل فيه هيئة قضائية بحكم تشكيلها و ضماناتها، وأهمها استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وحيثها فيما تفصل فيه من المسائل التي تعرض عليها. ويستحيل أن تكون هذه الجهة -على ضوء القواعد المعمول بها في القانون المقارن- غير المحكمة الدستورية العليا: ذلك لأمرين:

أولهما: أن العملية الانتخابية في كافة مراحلها تثير بالضرورة مطابقة إجراءاتها للدستور. وهي كذلك عملية تتكامل مراحلها، ويستحيل فصل بعض أجزائها عن بعض.

بل إن مراقبة هذه العملية لتقرير صحتها أو بطلانها لا تقتصر على تقييم النصوص الدستورية التي تتدخل فيها من أجل تنظيمها، ولكنها تشمل كذلك كيفية سيرها وطريقة ضبطها، وغير ذلك من العوامل التي تؤثر في نتيجتها.

ثانيهما: أن يبدد المحكمة الدستورية العليا الوسائل التي تقيم بها دستورية العملية الانتخابية لأعضاء البرلمان. لأنها تطبق عليها مناهجها في تفسير الدستور، وتعيها بنظرة كلية تضم أجزاءها إلى بعضها، وتستظهر بتحقيقاتها المحايدة نوع الضغوط المؤثرة فيها على ضوء خبرتها العملية.

٣٨٣- وتحليلنا لنص المادة ٩٣ المشار إليها، يدل أولا على أن دور محكمة النقض وفقا لحكمها، ليس إلا دورا هزليا.

ذلك أن المحكمة لا تصدر حكما في صحة العضوية التي يحيلها إليها رئيس السلطة التشريعية. ولكنها تحققها لتصدر فيها رأيا يُعرض على هذه السلطة لتقرر بأغلبية ثلثي أعضائها اعتماده أو رفضه.

ومن المتصور بالتالي إلا يؤيه لرأيها، وأن يكون تحقيقها في صحة العضوية بالتالي مجرّد أوراق تقبل السلطة التشريعية نتيجتها أو تتيحها بقرار منفرد يصدر عنها بالأغلبية الخاصة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣ للمشار إليها.

ويدل ثانيا: على أن أعضاء السلطة التشريعية أنفسهم يستبدلون بتقدير محكمة النقض في شأن بطلان العملية الانتخابية أو صحتها، تقديرهم الخاص. ويحلون بالتالي محلها في وظيفة

قضائية بطبيعتها. بل إنهم قد يبطّلون عضوية خلمس اجتهد محكمة النقض إلى صحتها. وهم بذلك يفصلون في مسائل دستورية بطبيعتها، وفي كافة العوامل المؤثرة في جريان العملية الانتخابية وفق الدستور، كتروير أصوات الناخبين.

ويذكر ثالثاً: على أن تحويل السلطة التشريعية في مصر اختصاص الفصل بصفة نهائية في صحة عضوية أعضائها، مؤداه أن يكون تحققها من توافر شروط العضوية أو تخلفها، شكلاً من أشكال الرقابة الداخلية التي تجريها بنفسها في شئون أعضائها.

فلا يكون هذا الفصل محايداً، بل موجهاً بالمقاييس السياسية ومتطلباتها. وعلى ضوء معاييرها الذاتية وتوجهاتها الشخصية.

وهذه الرقابة الداخلية هي التي كان معمولاً بها في فرنسا قبل دستور ١٩٥٨، ولكنها نبذتها بعد إقرارها لهذا الدستور الذي جعل للمجلس الدستوري بها قاضياً وحيداً للفصل في عضوية أعضاء السلطة التشريعية بمجملها، ولم تعد الرقابة على صحة العضوية بالتالي رقابة داخلية تستقل بها السلطة التشريعية، بل صارت رقابة خارجية تتولاها الجهة القضائية التي تفصل أصلاً في دستورية القوانين.

وإذا تحقق هذا التطور على ضوء الحقائق الواقعية التي تؤكد انحياز السلطة التشريعية في قراراتها بصحة العضوية إلى مآلآء أنصارها. بل إنها تكاد أن خصومها حتى تجذبهم إليها إذا قدرت ضرورة أو ملاءمة استقطابهم إلى جانبها، فلا يكون فصلها في صحة العضوية غير تكفيذ لاتفاقاتها الجانبية مع معارضيه، وإعمالاً لتسوية غير مطعنة وقلة وراء جدران مغلقة.

وليس ذلك إلا عبثاً عريضاً، وعلى الأخص إزاء ما هو مقرر في نصائح كثير من الدول الأوروبية من إيدال الرقابة الداخلية التي تباشرها السلطة التشريعية في شأن صحة عضوية أعضائها، برقابة خارجية تتولاها قضاء الشرعة الدستورية، وذلك حتى يستقيم تكوين مجالسها للنابئة. فلا يتولى مهامها غير الأعضاء الذين فازوا بمقاعدهم في غير تولط، ودون تكليس، وبغير ضغوط. وبعيدا عن المحاباة.

ويدل القضاء المقارن كذلك على أنه حتى في الدساتير التي تعهد إلى السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها^(١)؛ فإن كلمتها في ذلك لا تعتبر قولاً فصلاً.

٣٨٤- وتعلينا قضية Powell v. McCormack مثلاً واضحاً على ذلك. ذلك أن المحكمة العليا للولايات المتحدة - وهي تقابل المحكمة الدستورية العليا في مصر - تقرر قاعدتين في هذا الشأن.

أولاهما: أن الديمقراطية التمثيلية تحكمها قاعدة جوهرية قوامها أن نختار هيئة الناخبين بنفسها - على ضوء اقتناعها - من يكون في رأيها من المرشحين، أصلح لتمثيلها. ولا يجوز بالتالي أن تقلص السلطة التشريعية من دائرة الناخبين المؤهلين قانوناً لمباشرة حق الاقتراع ولا أن تخيق من فرصهم في اختيار ممثليهم؛ ولا أن تقتضي من المرشحين شروطاً غير التي نص عليها الدستور^(٢).

ثانيتهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها، ينبغي أن يفسر في حدود ضيقة، وأن يقتصر على التحقق من توافر الشروط التي تطلبها الدستور لضمان صحة انتخابهم.

فإن هي جاوزتها وذلك باستبعادها عضواً استوفى هذه الشروط ذاتها، فإن قرارها يكون باطلاً^(٣). وبطلان فتعال السلطة التشريعية هذا الاختصاص لنفسها معيباً وخطراً، لإهداره إرادة هيئة الناخبين، وإضرارهم بمصالحها المباشرة في أن يمثلها من وقع اختيارها عليهم دون سواهم، وأن تحيط بالعملية الانتخابية كل ضمانات تقتضيها فاعليتها، فلا يكون إسهام المواطنين فيها سوريا بل حقيقياً.

(١) من بين هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية التي يغول دستورها كلا من مجلسي السلطة التشريعية حق التمسك قسماً في صحة عضوية أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members
(٢)، (٣) Powell v. McCormack, 395 . U.S. 486 (1969).

ولا يجوز بالتالي أن يطرد عضو كان انتخابه صحيحاً، ولو عارض علانية بعض مظاهر السياسة الوطنية، أو ندد بها^(١).

٣٨٥- تلك هي النظم الرئيسية القائمة في شأن الفصل في صحة عضوية أعضاء السلطة التشريعية في الدول على اختلافها. وهي نظم أطرحها دستور جمهورية مصر العربية -مفضلاً عليها ودون مبرر- أن تكون كلمة السلطة التشريعية هي الكلمة النهائية في شأن تحققها من توافر شروط العضوية ابتداء أو تخلفها.

ويزيد الأمر سوءاً أنه وإن جاز للسلطة التشريعية وفقاً لنص المادة ٩٤ من الدستور، أن تبطل عضوية لم تر صحتها، فإن نص المادة ٩٦ من الدستور يخلو كذلك إسقاط عضوية قائمة بعد ثبوتها.

وإذا كان إسقاط العضوية وفقاً لنص المادة ٩٦ من الدستور يفترض زوال شروطها بعد توافرها لمعارض طرأ عليها، كان يخل للعضو بواجبات عضويته، أو يفقد صفة العامل أو الفلاح التي انتخب على أساسها، أو تفشل فيه أحد شروط العضوية بعد ثبوتها، أو ما ينبغي أن يتوافر فيه من الثقة والاعتبار، وكان نص المادة ٩٤ من الدستور لا يبطل عضوية بعد نشوء الحق فيها وفقاً للدستور، وإنما يقرر تخلفها أصلاً؛ فإن السلطة التشريعية يصير بيدها وحدها أن تبطل عضوية لم ينشأ الحق فيها، وأن تزيلها كذلك بعد ثبوتها؛ لتتحكم في تكوينها الداخلي من خلال قراراتها التي تتخذ بها من يكون أو يخل من أعضائها، بما يوهن من رولهم بهيئة الناخبين التي ملحتهم وقتها، ويجعل مصائرهم بيد السلطة التشريعية. فلا يدينون بالولاء لسواها. وليس ذلك إلا إضداداً للحياة السياسية في مصر من خلال واجهة شكلية لديموقراطية يخفي قناعها جوهر ملامحها.

(١) Bond. V.Floyd, 385 U.S. 116 (1966).

المبحث التاسع

الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم

لحقوق المواطنين وحرياتهم

٣٨٦- لا يزال بعض الفقهاء في مصر يروجون للرقابة القضائية التسي يتعلق مناطقها بالقوانين قبل تطبيقها^(١) ويتصورونها طوق نجاة يرد عن القوانين بعد مريانها، ما قد يظهره العمل من مثالبها. فضلا عن أن القوانين التي تطهرها هذه الرقابة من عيوبها -والقرض فيسها أنها قوانين لم تصدر بعد- تصبح بعد تقرير دستوريها نغية لا شائبة فيها، فلا تغفل بعد العمل بها المراكز القانونية التي مستها.

ومن ثم تكون هذه الرقابة وقائية بطبيعتها، لأنها تحول دون صدور قوانين مخالفة للدستور، وتكفل استقرار المراكز القانونية التي تنشأ هذه القوانين أو تعديلها.

بيد أن لهذه الرقابة عيوبها التي تتصل بأوضاع تطبيقها، ومثالبها الكامنة في طبيعتها.

المطلب الأول

أوضاع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٧- لا تصلح في الدول للامية الرقابة على القوانين قبل إصدارها، ولا زال نجاحها محدودا في الدول العربية التي طبقتها كالجزائر والمملكة المغربية وموريتانيا. ولئن طبقتها لبنان، إلا أن قوة الديمقراطية فيها واتساع قاعدتها، هي التي وفرت للرقابة السابقة فيها، فرص ثرائها وتأييرها في أوضاع مجتمعا.

ومع ذلك تظل الرقابة السابقة -وكأصل عام- واهية مترجعة في الأعم من تطبيقاتها، خاصة في دول القارة الأفريقية التي كان نموذج الرقابة السابقة المعمول به في فرنسا، مثالا لها. وتخاذلها في الدول النامية التي اعتنقتها، مرده أن هذه الرقابة لا يحركها الأفراد، بل تأثيرها الطبقة

(١) من بين هؤلاء الأستاذة فوزية عبد الستار التي تعبد مع آخرين للرقابة السابقة التي يتصورون أنها تسد عن القوانين شبهة مخالفتها للدستور عن طريق منحها جهة الرقابة على الدستورية لأحكامها قبل أن تدخل هذه القوانين مرحلة التنفيذ.

السياسية التي نص عليها الدستور كرئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس الشيوخ. وجميعها جهات لا يعطيا كثيرا الفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرها المشرع بالنظر إلى تضامنها في مصالحها، أو حتى تولدتها فيما بينها، ولو جاوزت هذه النصوص أحكام الدستور بصورة ظاهرة.

وتظل الرقابة السابقة معينة في جوهرها، ولو خول الدستور الحق في تحريكها لعدد من أعضاء السلطة التشريعية كسنتين من نوابها أو من شيوخها. ذلك أن وجود مثل هذا العدد، يفترض معارضة قوية لها أنصارها البارزين والراغبين في الاعتراض على السياسة التشريعية التي انتهجتها الأغلبية البرلمانية، ومما سببتها عنها أمام قضاء الشرعية الدستورية من خلال الطعن في القوانين التي أقرتها، حتى إذا قرر هؤلاء القضاء مخالفتها للدستور، أكسبها ذلك ثقة هيئة الناخبين بها بما يزرعها على تصور مجابقتها للأغلبية البرلمانية بناء على أغراض حزبية، ويدل على أن صراعها معها كان من أجل القيم التي حرص الدستور على تثبيتها.

وفي ذلك إثراء للحياة السياسية من خلال اتفاق جديدة تنهيا بها فرص تبادل مواقعها مع الأغلبية البرلمانية من خلال عملية التدول المشروع للسلطة، فلا تؤول لغير الأجدر بقية هيئة الناخبين.

وشئ من ذلك يندر أن يتحقق في الدول النامية التي تتولى السلطة فيها أغلبية حزبية طاعية. ولا يزيد دور المعارضة فيها عن أن يكون شكليا. ذلك أن هذه المعارضة لما تظفر بعدد من المقاعد يؤولها لإثارة الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها^(١) لوجودها في المجالس النيابية ليس إلا هاشميا نتيجة قهر الأغلبية البرلمانية لخصومها، وتحريفها حق الاقتراع لصالح أنصارها.

كذلك نفترض الرقابة السابقة رأيا عاما يقضا تعينه الديمقراطية فسي أعمق مظاهرها. وأخصها ضمان حق الاقتراع بما يكفل حرية هيئة الناخبين في اختيار من تراه أكثر على الدفاع عن مصالحها.

(١) في فرنسا يجوز لسنتين نقبا أو سنتين شيخا الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها أمام المجلس الدستوري الفرنسي. ويستحيل أن يتوالى هذا الحد من المقاعد للمعارضة في الدول النامية.

فإذا فاز نفر من المرشحين بفقتها، كانوا مسؤولين أمامها عن أخطائهم وعثراتهم. فلا تقع السلطة التشريعية في قبضة السلطة التنفيذية، ولا تندمج معها، أو يتصاعل شأنها إلى جانبها، وإنما تساويها في وزنها، وتشاركها في سعيها لتحقيق آمال المواطنين وطموحاتهم، وفي مسؤوليتها السياسية أمام هيئة الناخبين، وكذلك في صونها لأحكام الدستور.

ولا كذلك الأمر في الدول النامية التي كلما يشكل مواطنوها رأيا عاما صلبا يرصد أخطاء السلطة، ويسقطها من خلال حق الاقتراع.

ذلك أن المواطنين في هذه الدول مطاردون بالقهر أحيانا، وبضغوط احتجاجاتهم اليومية طورا آخر. والسلطة ترصد حركتهم، وتصنفهم بين مؤيد لها ومعارض لسياساتها. وغالبا ما تغرق على مؤيديها بقدر إيدائهم لمعارضيتها. فلا يستقيم جوهر الديمقراطية، ولا توافر للشرعية الدستورية، بيئة صافية تزدهر من خلالها. وقد ينظر إليها بوصفها ترفا زائدا، وأحيانا بقدر كبير من الريبة.

المطلب الثاني

العيوب الكامنة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٨- وكما تؤثر الأوضاع الواقعية التي تحيط بالرقابة السابقة، في فرص نجاحها، فإن لهذه الرقابة كذلك عيوباً ذاتية كامنة فيها. ذلك أن هذه الرقابة تواجه النصوص القانونية المطعون عليها في تصوراتها المجردة. ولا شأن لتقييمها بالأوضاع العملية المترتبة على تطبيقها، وكأنها بذلك رقابة في غرفة مظلمة لا يصلها ضوء الخبرة العملية الناجمة عن الآثار التي أحدثتها هذه النصوص في مجال تطبيقها.

ومن ثم تتعزل النصوص المطعون عليها في مجال تقييم صحتها أو بطلانها، عن واقعها منظرًا في تقديره إلى الأوضاع التي عايشتها. فلا يتم الفصل في دستورتها وفق ما أظهره العمل من مثالبها، وإنما من خلال افتراض أو تصور ما قد ينجم عن تطبيقها من آثار.

ولا شبهة في عمق الفروق بين ما هو قائم، وما هو مفترض. ذلك أن ما هو قائم هو الحقيقة الواقعة. وما يفترض من آثار ترتبها النصوص المطعون عليها، ليس إلا تصورا نظريا.

كذلك تؤول الرقابة السابقة على القوانين قبل إصدارها، إما إلى تقرير صحتها أو إلى إبطالها. فإذا قرر قضاء الشرعية الدستورية براءتها من العيوب الدستورية، لزمها هذه السبابة ولو قام الدليل بعد تطبيق هذه القوانين عملاً، على خطورة الأثر التي أحدثتها في العائق القانوني التي أنشأتها أو عدلتها، فلا تكون الرقابة على الشرعية الدستورية غير رقابة قاصرة لا تظهر فيها حقائق النصوص القانونية الملحقون عليها من جهة تطبيقاتها اليومية لتتألف نتائجها واقع الحياة التي تعيشها هذه النصوص وتتفاعل معها، فلا يكون لها من شأن بمثلها الواقعية.

وفضلاً عما تقدم، فإن خطورة الرقابة على القوانين قبل إصدارها، مردّها أن العوامل التي تحركها سياسية في طبيعتها، ويراد بها أن يحل هذا النوع من الرقابة محل المراجعة القضائية للقوانين بعد العمل بها، وهي أكثر فعالية وأكثر لصون الحقوق المنصوص عليها في الدستور. ولا يتصور كذلك أن تقوم هاتين الرقابتين إلى جوار بعضهما البعض. ذلك أن الرقابة السابقة - التي لا يحرّكها الأفراد، وإنما تستلهمها الطبقة السياسية التي عينها الدستور - تفصل بصفة نهائية في دستورية القوانين المحالة إليها، سواء بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور.

ولا يجوز بعد هذا الفصل، مراجعتها من جديد على ضوء أوضاع تطبيقها والآثار العملية التي أحدثتها. ومن ثم تتأكل المراجعة اللاحقة وتضيق دائرة النفاذ إليها، وعلى الأخص كلما كان عدد القوانين التي تعرض في إطار الرقابة السابقة للفصل في دستورتها، هو الأكبر. وهو اتجاه قد تحرص عليه السلطة السياسية بقصد تمرير أكثر القوانين التي أقرها البرلمان، فلا يزنها قضية الشرعية الدستورية بالنسبة، ولا يمحون في بحثها بالنظر إلى قصر الأجل التي يتعين عليهم الفصل خلالها في دستورتها. وهو ما يسم الرقابة السابقة ليس فقط بقصورها عن ضمان حقوق المواطنين بصورة فعلية، وإنما كذلك بتسرعها.

ولا كذلك الرقابة اللاحقة التي تمحص دستورية القوانين من منظور حقائقها الواقعية، ويحرّكها الأفراد المعنويون مباشرة بالأضرار التي أصابتهم بها هذه القوانين، فلا يتوخون غير تصحيحها. وطريقهم إلى ذلك هو الخصومة الدستورية التي يوجهونها وفق مصالحهم. وهي خصومة تمنعهم الرقابة السابقة منها، وتقصّرها على النخبة السياسية في أعلى قممها. فلا يكون المواطنون شركاء في هوم أمهم؛ ولا يسهمون بيقظتهم في فرض الرقابة الشعبية على مجالسهم التمثيلية. وإنما تباعد الرقابة السابقة بينهم وبين مشكلاتهم بعد أن أطلق الدستور أمامهم منافذ

عرضها. وتلك آفة حقيقية في الرقابة السابقة التي تنتشع بملامحها السياسية مسواء في شروطها
تحريكها أو طريقة ممارستها.

ولا تملأ الرقابة السابقة فراغا تقصر الرقابة اللاحقة عن سده، ولكنها تحول دولها إذا
أنشأها الدستور بديلا عن الرقابة اللاحقة.

فإذا ألقاها الدستور إلى جانبها، فإنها تقوضها. ذلك أن الرقابة السابقة لا تتوخى غير النظر
في دستورية القوانين قبل إصدارها . فإذا اعتمدتها، فإنها تطهرها وبصفة نهائية من شبهة
مخالفتها للدستور بما يؤدي إلى تآكل الرقابة اللاحقة مع الزمن، كنتيجة لاحتصار مجال عملها في
القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

والذين يحرصون على الرقابة السابقة في مصر، لا يتوخون بالترويج لها غير عدم
المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن تقريرها في مصر، إما أن يكون بديلا عن الرقابة اللاحقة التي تباشرها هذه
المحكمة وفقا للدستور القائم، وإما أن تقوم معها وإلى جانبها.

فإذا استعاض الدستور بها عن الرقابة اللاحقة، كان ذلك إهدالا لرقابة حقيقية برقابة محدودة
الأثر. وإضافتها إلى الرقابة اللاحقة، يقوضها، أو على الأقل يعطل كثيرا من تطبيقاتها، فلا تبقى
للرقابة اللاحقة فائدة حقيقية ترجى منها.

المبحث العاشر

امتياز تولي أعضاء السلطة التشريعية أعمالا

تتألف طبيعة عضويتهم بها وتقرغهم لها

٣٨٩- لا يطلق الدستور للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، الحرية النهائية التي تقرر على ضوئها ما تراه هي دخلا في ولايتها. وإنما يحدد الدستور لكل سلطة نفوذها وضوابط ممارستها التي لا يقتصر نطاقها على المسائل التي حدها الدستور حصرا، وعهد إليها صراحة بها Enumerated Powers؛ وإنما يتحدد إطار ولايتها بمجموع المسائل التي ناطها الدستور بها وقصرها عليها؛ وكذلك بما يندرج ضمنا تحتها Implied Powers.

فضلا عما يعتبر كامنا فيها Inherent Powers؛ أو نتيجة مترتبة بالضرورة على الاختصاص المقرر صراحة لها Resulting Powers^(١). بما مؤده أن الولاية التي كفلها الدستور لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تحيط بكل المسائل التي تنلق وطبيعة المهام التي تقوم عليها؛ وكذلك بما يعتبر من لوائزها التي لا تفصل عنها، بل تشكل جزءا منها يتكامل معها ويتممها.

فالاختصاص المقرر للسلطة التنفيذية في إبرام المعاهدات الدولية، يخولها إحقاق أقاليم بها وضمها إليها من خلال معاهدة دولية؛ وكذلك إدارتها والائفراد بحكمها وتنظيم شؤون شعبها.

والسلطة التشريعية في نطاق ولايتها الصريحة والضمنية، وعلى ضوء ما يعتبر كامنا فيها، أو نتيجة مترتبة عليها، أن تختار كل الوسائل اللازمة عقلا لإنفاذ اختصاصاتها وتفعيلها.

(١) يعتبر كامنا في اختصاص السلطة القضائية بالفصل في الخصومة التي تطرح عليها، اختصاصها بتوقيع العقوبة على من يخلون بالنظام في جسيما، أو يرتكبون جريمة التحقير بها.

Michaelson v. United States, 266 U.S. 42 (1924).

وفي ذلك يقول القاضي Field إن سلطة المحكمة في توقيع العقوبة على من يحرقونها، هي سلطة كامنة في المحاكم جميعها ذلك أن وجودها لازم لضبط النظام في إجراءاتها القضائية، وتنفيذ أوامرها وأحكامها، ومن ثم إدارة العدالة إدارة فعالة [505 (1874) 86 U.S.], 19 Wall.

وفي نطاق ولايتها هذه، تنظم السلطة التشريعية كل المسائل المتعلقة بحقوق الأفراد وحررياتهم؛ وكذلك ما يتصل بشؤون الاقتصاد، وبالسلطة القضائية؛ لضمان استقلالها وحيديتها وتحديد قواعد تنظيمها وتوزيعها؛ وبززع ملكية بعض الأموال من أصحابها؛ وبتحديد الجرائم وعقوباتها؛ وبفرض المكوس على اختلافها؛ وبوسائل دعم التجارة وترويجها، وبإيفاء ديون الدولة، وبإصدار أنون الخزانة لصالحها Treasury notes؛ وبإلغاء شرط الوفاء بالعقود ذهباً؛ وبإصدار قوانين خاصة لتنظيم الفصل في بعض القضايا؛ وغير ذلك من المسائل التي يجوز أن تشرع فيها كفرضها لرقابتها على النقود، والإذن بصنكها.

بما يؤكد حقيقة قانونية مفادها أن ولاية السلطة التشريعية عريضة في اتساعها، وإن كان لا يجوز لها اعتبار بعض الأشخاص مذنبين قبل أن تكونهم محكمة تكون كذلك في تشكيلها وضمالاتها Bills of attainder.

كما لا يجوز لها تقرير قوانين جنائية رجعية الأثر Ex Post Facto law^(١)، أو تقرير عقوبة مفرطة في قسوتها، وغير ذلك من المسائل التي منمها الدستور من التدخل فيها، كحقوق السلطة التنفيذية في عقد فروض بغير موافقة السلطة التشريعية.

وإذ يحجز الدستور السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، في ممارستها لأختصاصاتها الشاملة، لذلك هو الأصل، ذلك أن كلا منهما، تفرد بوظائفها التي تلتزم مع طبيعة المهام التي تقوم عليها، وبموظفيها الذين يتبعونها، فلا يباشران عملاً لغيرها. فضلاً عن أن ضمان استقلال أعضاء السلطة التشريعية، من الشروط الجوهرية التي تكفل حرية ممارستها للشؤون التي يتولونها؛ ولخصها أن المجالس التمثيلية تقوم بطبيعتها على الحوار وتبادل الآراء فيما يعرض عليها أو داخل لجانها، وعلى الأخص ما تعلق بتقدير مشروع قانون مقترح، سواء بقبوله أو بانتقاده.

ولا يجوز بالتالي مناقشتهم فيما أبدوه من آراء أو طرحوه من أول؛ ولا الخوض في مضمونها أو دولتها، وإلا كان ذلك تخلاً في حريتهم في مجال عرض الآراء التي يؤمنون بها

(١) لا يدخل في إطار القوانين الجنائية رجعية الأثر، تغيير مكان محاكمة الشخص بد ارتكابه الجريمة.

Cook v. United States, 138 U.S. 157, 183 (1891).

والإصرار عليها، وتقديم الوثائق التي تؤيدها The speech-or-debate clause. وإن كانت حريتهم هذه لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن العملية التشريعية، وإن كان لا يجوز إعاقتها، أو تأخير دوافعها، أو تجرييع المتدخلين فيها؛ إلا أن ذلك يفترض مطابقة سلوكهم للقانون.

ولا كذلك الرشوة التي يقبلها عضو في البرلمان بقصد توجيه الحوار في موضوع معين وجهة بذاتها، أو لضمان تصويته فيه على نحو معين، ذلك أن الارتشاء ليس جزءاً من العملية التشريعية. ويستحيل تصويره باعتباره واقعا في نطاقها^(١).

وشأن الارتشاء، شأن كل عمل يصدر عن عضو بالبرلمان مאלة لغيره، ولو لم تعد عليه من هذا العمل أية فائدة شخصية. ذلك أن الأقوال أو الأفعال التي تصدر عن البرلمانيين، بيمين ألا تمكها أو توجهها ضغوط أيا كان نوعها، ولا أن يكون الانتهاز أو التخليع مدخلا إليها، ولا أن تتحسس تجارة يترحون منها؛ ولا أن تتناقض -وجه عام- التجرد والحيدة اللذين ينبغي أن تتسم بها تصرفاتهم جميعها لدخل البرلمان، كشرط كامن في طبيعة وظائفهم التي لا يخل بها أن يقوموا بمهام مؤقتة في لجان تعطيلهم اجرا عنه؛ أو أن يكونوا أمانا لتنفيذ بعض اللوصايا، أو زائرين غير مفرغين للتدريس في معاهد علمية.

ولا يجوز بالتالي أن يتولى عضو بالسلطة التشريعية، وظيفة أو عملا خارجيا -ولو لم يكن حكوميا- كلما جرد توافر هاتين الصفتين فيه، الآراء التي يبدئها من حيثها، أو قوض واجبه في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية، ومحاسبتها عن أخطائها، بما لا يحق لصوته استقلا يتولى به الانزلاق إلى المحاباة أو اللولوغ في المغامم الشخصية، أو التلون بلون السلطة بقصد مداخلتها.

وما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور، من أن للعلمين في الحكومة أو في القطاع العام أن يرشحوا أنفسهم لعضوية السلطة التشريعية، وأن يفوزوا بمقاعد مع احتفاظهم بوظائفهم وأعمالهم في جهاتهم الأصلية، مؤداه أن الفائزين بالمقاعد البرلمانية، لا ينفكون عن جهاتهم الأصلية الملحقة بالسلطة التنفيذية غالبا. وإنما يتبعونها. ولا ينفصلون كذلك عنها، بحكم خضوعهم وظروفها وإدارتها لرواسئهم فيها. فلا يسانلون جهاتهم هذه عن أخطائها، ولا يواجهون انحرافها بالصرامة الكافية. بل إن جهاتهم تلك توفر فرص لإرشائهم من خلال المزاي -الوظيفية وغيرها- التي تغفلها عليهم.

(١) United States v. Helstoski, 442 U.S. 477 (1979).

فلا يكون موقفهم منها غير انحياز لها، دافعا في حلبة توجهاتها، وملتبعا عن قصور أدائها، ولمر قام الدليل لديهم على خطئها أو جنوحها، أو إضرارها بمصلحة لها شأنها.

كذلك يحل نص المادة ٨٩ من الدستور، إلى القانون لبيان الأحوال التي يجوز فيها لعضو السلطة التشريعية أن يكون غير متفرغ لشيئونها، بما يوزع جهده بينها وبين الأعمال الأخرى التي رخص له المشرع في القيام بها أو توليها.

وفي ذلك إغراق في إلهاء أعضاء السلطة التشريعية عن واجباتهم الأصلية التي أنابهم هيئة الناخبين عنها في مباشرتها، فلا ينصرفون إليها، بل يتخلون عنها بصورة كلية أو جزئية. وكثيرا ما يجرحون إلى تقصير مصالحهم في الأعمال العرضية التي يتولونها، فلا تستقيم عضويتهم من شأنها. ذلك أن الأصل هو ألا تكون لهم مصلحة في عمل أو إجراء أو تعقد يؤثر في حيدة أصواتهم أو يذل من قدرتهم على مجابهة المسائل التي تناقشها السلطة التشريعية وإبداء رأيهم فيها في حرية كاملة وبغير تدخل من أحد. ولكن منطقيا بالتالي أن تمنعهم المادة ٤٩ من الدستور خلال مدة عضويتهم، من شراء شيء من أموال الدولة أو استجاره؛ وأن تحظر عليهم كذلك أن يبيعوها أو يوجرونها شيئا من أموالهم أو يقايضونها عليها، أو يتعاقدون بوصفهم ملتزمين أو مقاولين أو موزنين.

ولئن كان الحظر المقرر بنص المادة ٤٩ من الدستور، يتناول صورا من التعامل يفترض أن يفيد أعضاء البرلمان من الدخول فيها؛ إلا أن تعميم هذا الحظر ليشمل كافة الأعمال التي يؤثر توليها في الأداء الأقوم لواجباتهم، أو يخل بمسؤوليتهم قبل هيئة الناخبين، يكون واجبا كذلك ممن باب أولى. ولا يجوز بالتالي -ولو بنص في الدستور- تفويض استقلال البرلمانين، ولا أن تنهيا لهم الفرص التي يخل بها ضبط العملية التشريعية بما يعطل أو يقيد جريانها في الحدود المفترضة فيها. ذلك أن القيم التي يحتضنها الدستور بتعين ضمان مرياتها في النظم القانونية جميعا. والدستور لولاهاما باللزول عليها بحكم كونه وعاء للقيم ومصدر أكثر جوانبها. وهي قيم يفترض

أن تتكامل لا أن يمحى بعضها البعض، ولا أن يسقطها نص ولو ورد في الدستور، وإلا صار هذا النص باطلاً^(١).

وما السلطة التشريعية في تكوينها وكيفية مباشرتها لولايتها، غير إطار للتعبير بصدق عن إرادة هيئة الناخبين، فإذا حرفها أعضاؤها مخالطة أو إهمالا، اختلف بديان السلطة التشريعية لتكون محصلة جهدها قوانين ظاهرة للبطلان، أو على الأقل قوانين لم يحصلوا مناقشتها وصرفوا اهتمامهم عنها.

المطلب الأول

ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية

٣٩٠- ما أن يقوم الدستور سلطة تشريعية إلى جوار السلطة التنفيذية حتى يثور التساؤل حول حقيقة وماهية الروابط التي تجمعهما. ذلك أن الدستور وإن فصل بينهما بجعلهما سلطتين متكافئتين قدرنا Co-equal branches لا يمتزجان أو تتداخلان؛ إلا أن الحقائق التاريخية التي يشهد بها القانون المقارن، تدل على توحيدهما بوجه أو بآخر، وأن الفصل بينهما لم يكن فصلا حقيقيا، بل كان تصوريا، وعلى الأقل في الدول حديثة الاستقلال والدول الأقل نمواً، والتي يشهد تاريخها بأن اندماج هاتين السلطتين في بعض، كان هو الأصل.

وهو ما تحقق على الأخص من خلال ذوبان السلطة التشريعية في السلطة التنفيذية التي تسيطر قوتها على كثير من مظاهر الحياة، معتمدة في ذلك بغطاء من القوانين التي تحيط نفسها بها، أو حتى دون قانون، ومن خلال التحكم.

وقد كان توحيد السلطة قائما حتى في العهود القديمة. وهو ليس بالتالي بظاهرة حديثة. ذلك أن مقاليد الحكم كان يتولاها شخص يقبض عليها -ملكا كان أو أميراً لم إمبراطورا- باعتباره مفوضا من الآلهة في القيام عليها. فلا تدور البهطة إلا حوله، وهو بذلك مصدرها.

(١) Donald P. Kammer, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.p. 48-49.

ولا كذلك الأشكال المعاصرة لتوحد السلطة التي لا تقوم على جنبها في كل عناصرها، وإما تتولاهما منفردة قلة تحيط نفسها بمظاهر القوة، وتعمل من خلال دائرة مصغرة تضمها إليها لا يدخلها غير الاصفياء الذين تمنحهم -ربقصد الإيهام بواجهة ديموقراطية تحرص عليها- جانباً ضئيلاً من عناصر ولايتها، فلا تتركز السلطة بكاملها في يدها، وقد تحقق توحد السلطة في كثير من الدول حديثة الاستقلال من خلال ثورة قام بها الجيش غايتها الظاهرة العمل على تحقيق العدالة الاجتماعية، وضمان الحقوق السياسية التي لم يظفر للمواطنين بها. ولئن حرص قادة هذه الثورة على الدفاع عن قضية الديمقراطية من أجل تكوين نظم مدنية في خصائصها محل محطهم بعد فترة من الزمن بحدودها؛ إلا أن تغليبهم عن هذه النظم وتشريفهم في بناء أسسها، كان والعا حياً دل على رغبتهم في احتكار السلطة بالخداع حتى لا يعود الثوار إلى تكتاتهم يوماً، مثلهم في ذلك مثل الفاشيين والشيوعيين والنازيين الذين قفروا إلى السلطة بصور مختلفة ولم يبرحوا بذرائع شتى تتردد بين كونهم المصفوة المختارة التي يوجهها فوهرر بترجم الآمال الوطنية ويكفلها، وبين كون البروليتاريا هي الطبقة الوحيدة التي تعمل في كفاحها ضد الرأسمالية على تصفية صبور الاستغلال على اختلافها، وبين مزج حياة الفرد بالقيمة الأعلى التي تمثلها الدولة فتى حركتها الجماعية.

ولما كان شكل توحد السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدول المعاصرة، فإن رصد مخاطره يدل على أن التوازن بينهما لم يعد قائماً، وأن استقلال السلطة التشريعية وحريتها في العمل صار وهماً، وأن ولاءها صار للسلطة التنفيذية لا لهيئة الناخبين. ذلك أن هذه السلطة هي التي منحها وجودها من خلال مصادقتها لأعضائها الذين رشحتهم بنفسها في الحملة الانتخابية، مستفزة قواها لسحق خصومهم ليظفروا من دونهم بأكثر مقاعد السلطة التشريعية.

وتلك هي الأغلبية البرلمانية التي تصطنعها السلطة التنفيذية بوسائلها، وتبقيها في دائرة ضوئها حتى تكون مجرد تعبير عن صوتها. فلا تظهر في الحياة السياسية غير سلطة تنفيذية داهية بقوتها، وسلطة تشريعية مترجعة بولايتها، مهينة قدراتها، متوارية في الظلال، لتأخذ القوانين التي تقرها صورة السلطة التنفيذية من خلال تحقيق توجهاتها ومطالبها، أيا كان مضمونها، بما يحيل التوازن بين هاتين السلطتين إلى تفاضل يقدم السلطة التنفيذية على التشريعية. فلا تعمل هذه بتفويض من الجماهير، وإما بتفويض من السلطة التنفيذية التي تدبـن

في وجودها لها . وليس للسلطة التشريعية بالتالي من مكان إلى جوارها. بل هي دائما خلفها، لا تبصر سواها، وأدلتها لها.

المطلب الثاني

حدود الحصانة البرلمانية

٣٩١- تكفل الدساتير بوجه عام حصانة برلمانية في شأن الآراء والأفكار التي يبديها أعضاء السلطة التشريعية أثناء أدائهم لوظائفهم بها سواء خلال جلساتها أو داخل لجانها^(١).

وتبدر أهمية هذه القاعدة من ناحيتين:

أولاهما: أنها تحول دون تدخل السلطة التنفيذية فيما يصدر عن أعضاء السلطة التشريعية من أقوال أو أفعال أثناء مناقشتهم المسائل التي تنظرها.

ثانيتهما: أنها تكفل لهؤلاء الأعضاء التركيز على واجباتهم بصفقتهم ممثلين لهيئة الناخبين التي أدبتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية. فلا يتخلون عن مسؤوليتهم قبلها، ولا يصرفهم عنها خوفهم مما قد تتخذه السلطة التنفيذية قبلهم من تدابير بقصد إيهان عزائمهم، أو لحملهم على تجاهل سوء تصرفاتها، أو لملمهم من انتقاد رموزها أو تجريحها، بما يؤول في النهاية إلى كبحيتهم لها.

ومن ثم كان منطقيا أن ترتبط الحصانة البرلمانية في مفهومها وغايتها بما يصدر عن أعضاء البرلمان من أقوال وأفعال لاتصالا بالمهام التشريعية التي يتولونها، وبما يكفل صدق أدلتها واتصال حلقاتها.

وتعتبر أعمال اللجان البرلمانية جزءا من العملية التشريعية، يمهدها وينير الطريق إليها، ويستكمل ما نقص من مقوماتها، سواء تعلق الأمر بتقييم مشروع قانون مصروض عليها، أو بأوضاع تريد تقصيدها في موضوع معين^(٢).

(١) تنص المادة ٩٨ من الدستور المصري على أنه لا يجوز أن يؤخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه

كذلك تعتبر أعمال التحقيق التي تجريها هذه اللجان، وثيقة الصلة بالوظيفة التشريعية ذاتها. ويلدرج اختصاصها في ذلك -ضمننا- في المفهوم العام للسلطة التي يباشرها البرلمان.

ذلك أن السلطة التشريعية لا بمعناها أن تبشر بالمهام التي ألقاها الدستور عليها إلا على ضوء معلومات تنفذ إليها، وحقائق تبصرها، ومفاهيم تتحررها، وظروفا تتعمقها، كي تكون قراراتها وتشريعاتها قريبة قدر الإمكان من واقعها، مرتبطة عقلا بها، بما يجعل تشكيلها لهذه اللجان وتكليفها بمهام تتصل بوظيفتها التشريعية، جانبا ضروريا من متطلباتها، يتكامل معها ويتشعبها، وحقا ثابتا لها يكفل فعالية أدائها لهذه الوظيفة وتحوطها في مباشرتها، ولو لم ينص عليه الدستور^(١).

The exercise of its legislative functions effectively and advisedly. :

ومن ثم صبح القول بأن سلطة التحقيق البرلماني، وما يقترب بها من أعمال نتيجة هذا التحقيق، هي سلطة ضرورية توفر أداة ملائمة للمعونة في العملية التشريعية^(٢).
An essential and appropriate auxiliary to the legislative function.

ذلك أن المجالس النيابية لا تحوز في يدها كافة الوثائق والحقائق التي تلزمها لإقرار مشروع قانون أو لتحديد قانون قائم. وعليها بالتالي أن تحصل على بياناتها من المصادر التي تملكها، والتي لا تقدمها غالبا بمبادرة منها، وإنما من خلال قهرها على إعطائها.

(١) شكل مجلس النواب الأمريكي أول لجنة برلمانية لتتقصى الحقائق في عام ١٧٩٢. وذلك للتحقيق في أسباب هزيمة الجنرال St Clair وجيشه من الهنود في الشمال الغربي للولايات المتحدة الأمريكية. وقد خسر هذا المجلس للجنة التي شكلها حق استدعاء الأشخاص والحصول على الأوراق والسجلات التي تراها ضرورية لمعاونتها في الدفوع بتحرياتها.

(٢) لا يتضمن الدستور الأمريكي أي نص يفرض مجلس النواب أو مجلس الشيوخ إجراء تحقيقات أو الحصول على شهادة من أي شخص يتوخى بها الكونجرس بمجلسه مباشرة الوظيفة التشريعية بفعالية وتبصر. وقد بشر البرلمان الإنجليزي هذا الحق، وكذلك المجالس النيابية للمستعمرات الأمريكية قبل تبنيها الدستور الأمريكي:

Landis, Constitutional limitations on the congressional power of investigation, Harvard law Review. 153. 159- 160 (1926).

(٣) Watkins v. United states. 354 U.S. 178, 187 (1957).

وحتى لو عرضوا اختياراً تزويد البرلمان بما لديهم من حقائق، فإن بياناتهم بشأنها قد تكون قاصرة أو غير دقيقة. فلا يطمأن إليها إلا أن بعد أن تتفحص اللجان البرلمانية تحرياً لصحتها.

ولا زال ينظر إلى هذه اللجان باعتبار أن حصولها بطريقة جبرية - على كل مطومة تتطلبها في نطاق المهام التي حددها المشرع لها - ليس فقط كضرورة تقتضيها العملية التشريعية ذاتها، وكإجراء ملائم للدهوض بها *A necessary and appropriate to the power to legislate*؛ وإنما كذلك على تقدير أن عمل تلك اللجان يلتزم بالعملية التشريعية ويتداخل فيها *Inhering in the legislative process*.

ولئن واجه الناس أحياناً عمل اللجان البرلمانية المشار إليها بموجة من العداء بالنظر إلى إلحاحها نفسها في مسائل يختصون بها، ويرفضون إطلاع أغير عليها؛ إلا أن تشكيلها ظل حقا ثابتاً للمجالس النيابية جميعها، واختصاصها في المسائل التي تحققها بعيد في مدها.

فلا يقتصر بحثها على نوع من المصالح دون غيره؛ ولا على صور من مظاهر التصور في العمل العام دون سواها؛ ولا على قصص الكيفية التي تدار بها القوانين القائمة، أو يصاغ بها مضمون مشروع تدعو الحاجة إلى إقراره؛ وإنما يجوز أن يشمل اختصاصها كل صور العوار التي تواجهها النظم القائمة، بغض النظر عن طبيعتها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية حتى يعيد البرلمان تقييمها ويصلحها. ويقدم بالتالي أو يحجم عن مشروع القانون المطروح على ضوء نتيجة عملها^(١).

على أن اتساع سلطة اللجان البرلمانية لا يعنى أنها غير مقيدة. ذلك أن استخدام هذه اللجان سلطاتها رهن ليس فقط باتصالها بالعملية التشريعية، وإنما بكونها عاملاً معاوناً في حسن أدائها. ولا يجوز بالتالي أن تتجاوز سلطاتها الحدود التي لا تبلغها السلطة التشريعية نفسها^(٢).

وليس لهذه اللجان بالتالي - شأنها في ذلك شأن البرلمان - أن تتدخل في خواص الحياة وأعمق مكوناتها، ولا أن تحقق في غيرها من المسائل التي لا يجوز أن يشرع البرلمان فيها،

(١) *Barenblatt v. United states*, 360 U.S. 109, 111 (1959); See also *Eastland v. United servicemen's Fund* 421 U.S. 491, 305- 307 (1975).

(٢) *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168, 189 (1881).

كتتصيها مسائل يدخل الفصل فيها في ولاية السلطة القضائية دون غيرها. وبظل اختصاص تلك اللجان منحصرًا في المسائل التي عينها المشرع لها، وبالأغراض التي توخاها من تشكيلها^(١).

وقد يشكل البرلمان لجنة للنظر فيما إذا كان عضو به يجوز طرده على ضوء سلوكه. ولها عندئذ أن تستدعي الشهود الذين يكتفون لها عن كل واقعة يمكن أن يؤسس عليها قراره بطرد هذا العضو، كلما كان سلوكه منافيا لواجباته في البرلمان وللثقة المودعة فيه^(٢).

وحق للجان البرلمانية في الحصول على كل معلومة تراها ضرورية لعملها، لا يقتصر على حملها الأفراد على تقديمها هي والأوراق التي تنطق بها. وإما يجوز لهذه اللجان أن تحصل عليها من الأجهزة الحكومية على اختلافها بقصد تنويرها السلطة التشريعية في شأن مشروع القانون المعروض عليها.

ويفترض في مباشرة السلطة التشريعية لهذا الاختصاص، أن أهدافها من تكوين هذه اللجان لها صلة بمشروع قانون مطروح عليها، وأن أهدافها هذه جائزة قانونا.

وقد أذن القضاء السلطة التشريعية بتكوين تلك اللجان، ولو لم تكن قد حددت سلفا وجه استفادتها من تحقيقاتها، أو كيفية تعاملها في بياناتها. وخولها القضاء كذلك سلطة التحقيق -ومن خلال اللجان البرلمانية- في صور الغش التي دخلت عقود إجارة لأماكن تملكها الدولة، ولو بعد رفعها للدعوى التي تختصم فيها هذه العقود بقصد إبطالها والتعويض عنها. وحتى بعد رفض المستأجرين تقديم شهادتهم في شأن تلك العقود تأسيسا على أن أمر الفصل في صحتها أو إبطالها لا زال مطلقا أمام السلطة القضائية، وأن التحقيق البرلماني لا صلة له بالمهام التي تقوم عليها السلطة التشريعية في نطاق وظيفتها؛ فإن هذا الاعتراض من جانبهم لم ينقها عن توجيه اللجنة التي شكلتها إلى المضي قداما في عملها، وأن تقدم إليها نصيحتها في شأن مشروع القانون اللازم لمواجهتها ما اعتور هذه العقود من خلل^(٣).

(١) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135, 170 (1927).

(٢) In re Chapman, 166 U.S. 661 (1897); See also Barry v. United States ex rel Cunningham, 279 U.S. 597 (1929).

(٣) Sinclair v. United States 273 U.S. 135, 295 (1927).

ذلك أن الأموال التي تملكها الدولة كانت محلاً للعقود المشار إليها، ولا يجوز بالتالي الاحتجاج بأن اللجنة التي تتحراها لتقرير حقيقة الأمر بشأنها، تتدخل في الشؤون الخاصة للأفراد. وقد نزع عن حق السلطة التشريعية في تأمين مصالح بلدها، الحق في تشكيل لجان برلمانية غايتها التحقيق في صور النشاط المعادية للدولة، ومواقفها المختلفة ومصادر تمويلها^(١).

ويجوز كذلك في الدول الفيدرالية وفي إطار شرط تدخل التجارة بين ولايتها- أن تشكل سلطاتها التشريعية المركزية لجاناً للتحقيق في مظاهر القصور في أعمال كل منظمة نقابية وكذلك في اتصالاتها^(٢).

كذلك فإن العدوان على الحقوق المدنية للمواطنين، بغول السلطة التشريعية وهي تختص بحمايتها- تشكل لجان برلمانية للتحقيق مع كل منظمة أو جهة تعمل في اتجاه إنكار هذه الحقوق.

ولعل أبرز قيد يحد من عمل اللجان البرلمانية، هو أنها لا تحقق لمجرد التحقيق، ولا تظهر من الناس عورتهم لمجرد كشفها والتعريض بهم^(٣).

The is no congressional power to expose for the sake of exposure.

ولكل شخص يدعى للشهادة أمامها للتحقيق في نشاط يقوم به، أن يطلب منها بيان نطاق سلطاتها في إجراء التحقيق، ووجه تعلق أسئلتها به. ذلك أن اختصاص هذه اللجان لا يجوز أن يجاوز حدود التفويض الصادر لها من البرلمان. فهو الذي أنشأها ومنحها ولايتها، وحدد القيود عليها. ولا يتصور أن تزيد سلطاتها على سلطة البرلمان الذي أحدثها.

وبقدر اتهام التفويض الصادر لهذه اللجان، يزداد تصاع سلطاتها إلى حد العدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم.

كذلك فإن غموض هذا التفويض يفقده مشروعيته. ذلك أن حدوده القاطعة هي وحدها التي تحول دون إساءة استعمال تلك اللجان لسلطاتها، وتظهر كذلك ما إذا كان تدخل هذه اللجان واقعاً في نطاق إذن المشرع بالتحقيق فيه، أم أن نشاطها تتعداه إلى نطاق آخر.

(١) Deutch v. United States, 367 U.S. 456 (1961).

(٢) Hutcheson v. United states, 369 U.S. 599 (1962).

(٣) Watkins v. United states, 354 U.S. 178, 200 (1957).

وكما أن الدستور يقيد السلطة التشريعية في مجال القوانين التي تقرأها، فإن الدستور يقيد كذلك عمل هذه اللجان، ويلزمها -ولو لم يرد نص بذلك في قرار إنشاءها- بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم؛ ويندرج تحتها ألا تحمل اللجان شخصا تدعوه للمثول أمامها على الإدلاء بشهادة قد يدان جنائيا بسببها^(١) ولا أن تأمر بتفتيش أوراق بحوزها أو أشياء تتعلق به بغير إذن قضائي ولا أن تقيد حريته بغير الوسائل القانونية المسموعة^(٢).

وكما قام الدليل على أن عمل اللجان البرلمانية لا يرتبط بفرض غير مشروع، فإن إسباغ الحصانة البرلمانية على أعمالها الواقعة في نطاق غرضها، يكون واجبا؛ شأنها في ذلك شأن البرلمانيين الذين تقتضى وظائفهم ألا يعاونوا نائبا في الحصول على مزايا لا يستحقها، أيا كان نوعها؛ ولا أن يقبلوا رشوة من أحد لضمان تصويتهم من اتجاه دون آخر؛ ولا أن يشر أحدكم علانية تقريراً صدر عن لجنة برلمانية، ولو كان هذا التقرير متداولاً بين أعضاء البرلمان، أو كان يردد أوالاً دونتها هذه اللجنة في تقريرها، كلما تناول ذلك التقرير أشخاصاً أسفر التحقيق معهم عما يشينهم.

فاللجان البرلمانية لا تنفصل جوهر مهامها عن تلك التي تقوم عليها السلطة التشريعية. ويكفل الدستور الحصانة البرلمانية لأعضاء هذه اللجان في الحدود ذاتها التي يضمنها للبرلمانيين أنفسهم. حتى يكفل لها ولهم حريتهم في التعبير عن آرائهم بالكلمة وبالفعل، لتتعلق عملية الحوار والاتصال فيما بينهم، وتحرر من عوائقها *The deliberative and communicative processes*. ولا يتصور بالتالي إطلاق الحصانة البرلمانية من أوصافها التي تقيدها؛ وإنما يتحدد مناطها بالعملية التشريعية ذاتها؛ وإطارها العام بكافة الحقوق التي ترتبط بها؛ ووسائلها بكل الآراء في تفاعلها وتبادلها سواء في ذلك ما ألقى منها بلغة هادئة، أو بعبارة جارحة، بغوغائية مفرطة أو بعقلانية ناضجة، بعمق كامل أو بنظرة سطحية.

(١) *Quinn v. United States*, 349 U.S. 155 (1955).

(٢) *Mcphaul v. United States*, 364 U.S. 372, 382 - 83 (1960); *Gojack v. United States*, 384 U.S. 702 (1966).

وليس معقولا ولا مقبولا أن يسألهم أحد عن أعمال وظائفهم التي أدوها بحسن نية، ولا أن يسوقهم إلى القضاء للتعرض عنها حتى لا تتفرق جهودهم، ويتحول اهتمامهم إلى مسائل جانبية تكبد وقتهم.

ولو أنهم سئلوا عن كل كلمة نطقوا بها، وعن دوافعهم إلى النطق بها، وعن كل قرار اتخذوه -صانها كلن أم خاطئا- لا دخل ببيان العملية التشريعية التي تفرض في جوهرها تعلقها بنشاط يتمحضر عملا تشريعا Purely legislative Activities.

ولا كذلك سيعهم لاستثمار الوظيفة التشريعية أو التمسر وراءها لإتيان أعمال لا تشملها بقصد تحقيق مغانم شخصية^(١).

ذلك أن تصرفهم على هذا النحو يقتضى تأديبهم ويزيل عضويتهم بقرار من السلطة التشريعية نفسها^(٢) التي لا تتوافر أمامها -بحكم تكوينها- ضمانة الجدة والاستقلال اللتين تكفلهما السلطة القضائية فصلا في الخصومة التي تعرض عليها.

ولو قيل بمرين الحصانة البرلمانية في غير نطقها، لكان التنازع بها طريقا للانتهاز وقبدا بغير مبرر على السلطة القضائية ذاتها التي تفصل في كل نزاع يعرض عليها من خلال الخصومة القضائية.

ولعل ما تقدم هو ما دعا القضاء المقارن إلى فصل الأقوال والأفعال التي تصدر عن عضو البرلمان فيما لا شأن له بالعملية التشريعية؛ عن نطاق الحصانة البرلمانية، لتشملها الرقابة القضائية.

بل إن هذه الرقابة تنبسط كذلك على الأعمال التي أتمتها السلطة التشريعية في شكل قانون أو قرار، ليفصل قضاء الشريعة الدستورية في انتهاكها أو اختلافا مع الدستور، وبغير تعرض منهم لأراء أعضاء السلطة التشريعية بشأنها، أو دوافعهم لإقرارها، أو موقفهم منها.

(١) ومن قبل هذه المفاهيم هجومهم في الصحف على خصومهم وتدنيدهم بهم.

(٢) United states v. Brewster, 408 U.S. 501, 518 (1972).

المبحث الحادي عشر

حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود

٣٩٢- كان يقال قديما بأن الدستور فصل بين السلطة التشريعية التي اختصها بإقرار القوانين The law-making power وبين السلطة التنفيذية التي عهد إليها بتنفيذها The law-executing power، وبينهما وبين السلطة القضائية التي ناط بها اختصاص تفسير القوانين وتطبيقها في النزاع المعروض عليها The law-interpreting power، وأن الفصل بين السلطة التشريعية وهاتين السلطتين، يقتضيها ألا تفوض إحداها في مسائل تتولاها وتدخل في ولايتها وفقا للدستور، خاصة وأن تقسيم السلطة بين الأفرع الثلاثة التي نبأشرها، موداه أصلا ألا تنقل السلطة التشريعية ولايتها -على الأقل في العريض في مسائلها- لا إلى السلطة القضائية ولا إلى السلطة التنفيذية، ولا أن تحتل لنفسها اختصاص هاتين السلطتين اللتين تتكافأان معها وزنا وقدرًا.

بيد أن فصل السلطة التشريعية عن السلطتين التنفيذية والقضائية، لم يعد اليوم مبررا كافيا يصادر التفويض في الاختصاص، خاصة وأن التعاون بينها جميعا يعتبر مدخلا وحيدا لمباشرة كل منهما للمهام التي تقوم عليها بطريقة أفضل.

ودل العمل كذلك على أن السلطة التشريعية -حتى وإن خلا الدستور من نص يخولها أن تفوض جانبًا من اختصاصاتها إلى جهة إدارية أو قضائية، إلا أنها عملا تفوض بعض مظاهر ولايتها إلى غيرها، وعلى الأخص كلما تعذر عليها أن تواجه بتشريعاتها المسائل التفصيلية التي تندرج في فواعدها الكلية، وأن تتنبأ سلفا بأوضاع تطبيقها، أو تحيط بمشكلاتها العملية وبالحلول اللازمة لتغطيتها.

وعصار التفويض بالتالي ضرورة عملية قبل أن يكون حقيقة قانونية، وهي ضرورة لا يمكن التوصل من موجباتها؛ ولا إطلاقها من كل تنظيم يضبطها؛ ويعتبر إطارا لها.

وتظل الصعوبة التي لا مراء فيها، هي في بيان الحدود الخارجية لهذا الإطار... فهل لا يكون التفويض جائزا إلا إذا كان مقبولا عقلا بأن كان والقفا في إطار الحدود المنطقية للتفويض...؟! أم أن المسائل التي يشملها التفويض لا يجوز أن يرالقها قضاء الشرعية الدستورية

بالنظر إلى حساسيتها وتعدد دروبها بما يفرض عليهم تجنبها قدر الإمكان؟ أم أن شروط جواز التفويض هو انحصاره في مسائل جانبية محدودة الأهمية؟

المطلب الأول

شروط جواز التفويض

٣٩٢- ولبيان ما إذا كان التفويض في الاختصاص جائزا قانونا أم محظورا، فسنثمة قواعد قانونية يتعين إيضاحها بصفة مبدئية وهي:

أولاً: أن ولاية السلطة التشريعية تنحصر أصلا في الحدود التي يفيدها الدستور بها.

ثانياً: أن تقرير اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي عهد الدستور بها صراحة لها، لا يحول دون مباشرتها لكل المسائل التي تنتزع بالضرورة عن اختصاصها العام.

فالرقابة التي ترضها السلطة على موارد الدولة تخولها الاختصاص بتنظيم كيفية إنفاقها في مصارفها.

بما مؤداه أن ما يعتبر من الفروع نتيجة مباشرة للأصول التي تجمعها، يكون من لوازمها التي لا تنفصل عنها.

فالمسئلة في عموم مفهومها تتناول بالضرورة كل ما يدخل في جزئياتها.

وتلك قاعدة يملأها حكم العقل، ولا مجال لحضنها أو الاعتراض عليها، ولو خلا للدستور من نص يقررها.

ثالثاً: الأصل في المسائل التي لا يكفل الدستور للسلطة التشريعية باتخاذ قرار فيها، أو بمنعها عنها، أن تعتبر محظورة عليها^(١).

رابعاً: أن ما يندرج ضمنا في إطار اختصاص عام، يكون واقعا في حدوده. فاختصاص السلطة التشريعية بتنظيم الحقوق على اختلافها ويفرض المكوس وتقرير قواعد الإنفاق العام،

(١) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

واقتراض النفود وصكها، وتنظيم التجارة مع الدول الأجنبية، ووضع قواعد موحدة فسي شأن الجنسية والتقاليد، وضمان تقدم الدولة في بحوثها العلمية والعمل على تشجيعها ودعم الفنون المفيدة، كل ذلك وغيره يكون واقعا في إطار الاختصاص العام للسلطة التشريعية بإقرار القوانين التي تتصل بالحياة اليومية لمواطنيها وتكفل رخاءهم، وتحقيق الآمال التي يتطلعون إليها.

خاميس: تعتبر السلطة مندرجة ضمنا في إطار الاختصاص العام، ولو لم تكن ضرورية لمباشرة هذا الاختصاص Necessary، وإلما يكفيها أن تكون ملائمة Convenient لتحقيق الأغراض التي يتوخاها.

سادس: تتناول السلطة الواقعة ضمنا في إطار اختصاص عام مقرر بنص في الدستور، كافة الوسائل التي ترتبط عقلا بتحقيق الأغراض التي يستهدفها الاختصاص العام، وبما لا يخل بالحدود الخارجية لهذا الاختصاص؛ وإلا صار الاختصاص العام لغوا Nugatory.

ذلك أن مباشرة السلطة لولايتها إما أن تكون انحرافا عنها أو تقيدا بضوابطها. وهي تباشر لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، إما بتوليها الأعمال التي حصر الدستور اختصاصها فيها؛ وإما بتصديها لكل المسائل التي تشتق عملا من اختصاصها المحدد حصرا، بما يربطها به بمعلقة منطقية The Derivative Exercise of an Enumerated power فلا تشكل النصوص المحددة للاختصاص تحديد حصرا، مع الوسائل المؤدية عملا إليها، غير وحدة عضوية لا تنفصم أجزاؤها.

سابع: أن كل تفويض يتقيد بالضوابط ذاتها التي تقيد بها السلطة التشريعية في مجال مباشرتها لولايتها.

ذلك أن هذه السلطة لا يسمعها أن تنقل لغيرها إلا الحقوق التي تملكها The legislative power can give away only what is its to give.

فما حظره الدستور على السلطة التشريعية ذاتها يقيد من يتلقى التفويض منها. وإذا كان لا يجوز لهذه السلطة أن تنظم الحقوق بما يناقض جوهرها، وكان لا يجوز لها كذلك طبقا للدستور أن تفصل النصوص القانونية التي أقرتها، عن الأغراض التي توختها من إقرارها؛ فإن الذين يباشرون التفويض يتقيدون بهذه الضوابط ذاتها. ولا يجوز في التفويض الصادر عن السلطة

التشريعية الاتحادية، في الدول الفيدرالية، أن يصل مداه إلى حد الإحلال باختصاص تشريعي مقرر لولاياتها طبقاً للدستور^(١).



تلك هي القواعد التي تحكم ولاية السلطة التشريعية. وعلى ضوءها يمكن القول بأن كل اختصاص مخول للسلطة التشريعية بنص في الدستور، يفيد ضمناً سلطة التفويض في مباشرة هذا الاختصاص بما يكفل تحقيق الأغراض التي يؤولهاها^(٢).

A constitutionally – granted congressional power, implies a power to delegate authority under it sufficient to effect its purposes

المطلب الثاني

صور التفويض

٣٩٤- ويتخذ التفويض عادة صورتين:

ففي إحداها يتخذ التفويض صور تقرير قواعد قانونية تكتمل بها ملامح قانون قائم ليظهر في صورته النهائية.

وفي هذه الحالة يقتصر البرلمان على تحديد الخطوط الرئيسية لموضوع معين، تاركاً إلى الجهة التي يعينها الاختصاص بملء الفراغ فيها To fill the details. كتحويل رئيس الجمهورية سلطة زيادة التعريف الجمركية أو خفضها وفقاً للقانون، وكتحويل المحكمة العليا في بلد ما أن تعدل بعض القواعد الإجرائية التي تلزمها المحاكم الأدنى منها.

وكثيراً ما يحدد القانون الجنائي الإطار العام للجريمة، ويفوض السلطة التنفيذية في تقرير جوانبها الأخرى التي لم يتناولها القانون بالتنظيم.

(١) Laurence H. Tribe. American constitutional law. second edition, p. 362.

(٢) Lichter v United States. 33 U.S. 742. 778 (1948).

وقد يفوض القانون وزير الخزانة في تقرير الحد الأدنى من الخصائص النوعية، ودرجة النقاء التي يجب توفرها في السلع الأجنبية المستوردة^(١).

وفي الصورة الثانية، تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في سلطة إحياء نصوص قانونية، أو وقفها أو تعديلها، بناء على تغيير تقدر هذه الجهة طروءه على العناصر الواقعية التي تقوم عليها هذه النصوص^(٢) Contingent legislation.

ويدخل في ذلك أن تفر السلطة التشريعية قانونا، وتعلق تطبيقه على تحقق رئيس الجمهورية من واقعة بذاتها، كأن تعلق تنفيذ قانون صدر عنها بكل حرية التجارة بين بلدها والدول الأجنبية، على أن يكون تبادل للتجارة فيما بينها، مقصورا على الدول الأجنبية التي تصون حقوق الإنسان، أو التي لا تعاديها، أو تتأهض مصالحها من وجه آخر.

ومن ذلك أيضا تخويل رئيس الجمهورية فرض قيود على تبادل للتجارة مع الدول التي تخل بحرية تنقلها، من خلال المكوس الباهظة التي تفرضها على السلع التي تستوردها بلده^(٣).

ولأن التفويض في السلطة لا يجوز أن يجاوز حدود الاختصاص المقرر للسلطة الأصلية التي صدر التفويض عنها، فإن التفويض يتقيد بالضرورة بالضوابط التي فرضها الدستور على الاختصاص الأصلي.

فإذا كان الدستور قد احتجز مسائل بذواتها لغير السلطة التشريعية أو منعها من تنظيمها، فإن تفويض السلطة التشريعية فيها يكون محظورا. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة أن تفوض ولاية في إدارة الشؤون الخارجية، ولا أن تخولها الحق في أن تصوغ القوانين المركزية التي تنظم الجدية^(٤).

(١) Waymari v. Southard, 23 U.S., 10 Wheat (23 U.S) 1, 14 (1825); Buttfield v. Stranaham, 192 U.S. 470 (1904).

(٢) United States v. Rock Royal Co- op., Inc, 307 U.S. 533 (1939).

(٣) Field v. Clark 143 U.S. 649 (1892); Lichter v. United States , 334 U.S. 742. 778-779 (1948); The brig Aurora, 11 U.S (7 Cranch) 382 (1813).

(٤) Zscherich v. Miller, 389 U.S. 443 (1968).

وقد يلزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولى بنفسها تنظيم مسائل حدها، فلا يكون التفويض فيها جائزا *Non-delegable issues*. ومن ذلك أن الدستور قد يخول رئيس الجمهورية حق إبرام المعاهدات في حدود توجيهات السلطة التشريعية ويمولقتها. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة -ولو بأغلبية خاصة- أن تشكل لجنة من خارجها تعهد إليها بأمر الموافقة على أية معاهدة دولية يبرمها رئيس الجمهورية أو الاعتراض عليها^(١).

وقد يكون حق اتهام رئيس الجمهورية بالإخلال الجسيم بواجبات وظيفته، مقصورا على السلطة التشريعية أو على أحد مجلسيها. فلا تكون هذه السلطة أو هذا المجلس، غير الجهة الوحيدة التي تتولى هذا الاختصاص بلا تفويض^(٢).

وفضلا عن المسائل التي ألزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولاها بنفسها، كرفضها لضريبة عامة وفقا لنص المادة ١١٩ من الدستور القائم في جمهورية مصر العربية، فإن من المحظور على هذه السلطة أن تنقل ولايتها التشريعية بأكملها إلى جهة أخرى *The legislative power as a whole*، حتى لا يكون موقفها من الوظيفة التي اختصها الدستور بها، تسليبا نهائيا منها بتفويض غيرها في ممارستها *Non-transferable delegation*.

كذلك لا يجوز للجهة التي فوضتها السلطة التشريعية في مباشرة اختصاص معين، أن تنظر إلى هذا التفويض باعتباره منصرفا إلى سلطة موازية للسلطة التشريعية، بنكافأ به مركزها معها. ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، تتقيد بالضرورة بنطاق المسائل التي فوضتها السلطة التشريعية فيها، وبالأغراض التي كلفنها بتحقيقها. فلا تتخذ من الوسائل لضمانها، غير تلك التي ترتبط عقلا بها.

ومن ثم لا تتوفر للجهة المتلقية للتفويض منها، الحرية ذاتها التي تملكها السلطة التشريعية، والتي تخولها النظر في كافة الأغراض التي يجوز أن تستهدفها في إطار ولايتها. وإنما يتعين أن تقيد الجهة أمتلقية للتفويض نفسها بتلك الأغراض التي ترتبط بالمهام التي كلفتها السلطة التشريعية بتحقيقها. بما موداه أن للسلطة التشريعية -دون الجهة التي فوضتها- خياراتها المفتوحة في مجال تقدير الأغراض التي يجوز أن تستهدفها *The open-ended discretion to choose ends*.

(١)، (2) Laurence H. Tribe, *ibid*, pp. 362- 363.

فالأجهة التي تفوضها السلطة التشريعية في تنظيم أوضاع العمل في صناعة معينة، لا يجوز أن تقرر حرمان غير المواطنين العاملين فيها، من تقلد بعض المهام المدنية بها؛ ولو بادعائها أن لهذه المهام حساسيتها التي تقتضي قصرها على المواطنين. إذ ليس للأجهة المتقلية للتفويض ثمة اختصاص في مجال إدارة الشؤون الخارجية، ولا في عقد معاهدة دولية أو التفاوض عليها، ولا في تنظيم شؤون الهجرة أو شروط تلقي الجنسية وكسبها. وإنما يقتصر التفويض الممنوح لها على مجرد تقرير وتنفيذ الشروط والأوضاع الأفضل لأداء العمل في صناعة بذاتها^(١).

وبوجه عام، ترند القيود على التفويض الصادر عن السلطة التشريعية، في أساسها، إلى ما يتطلبه الدستور ضمناً في الحكومة، من قبول الجماهير لتصرفاتها، وتوافقها مع القانون في معناه العام^(٢) (Consensual government under law). ذلك أن الحكومة بأفعائها التشريعية والتنفيذية والقضائية، لا تباشر إلا سلطة مسنولة من الناحيتين السياسية والقانونية. ومن الناحية الدستورية، يفترض تعاون السلطة التشريعية مع غيرها من الأفرع، أن تكون خياراتها نابعة من قبول المواطنين لتصرفاتها كأساس وحيد لتدخل السلطة التشريعية المنتخبة في شؤونهم، ويصرفها لها.

ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة، ولا للهيئة التي تفوضها في مباشرة بعض اختصاصها، أن تتخذ إجراء أو تدبيراً، ولا أن تقوم بعمل، ما لم يكن واقعاً أصلاً في نطاق ولاية السلطة التشريعية التي حدد الدستور تفويضها.

وعلى هذه السلطة، وقبل إقرارها لتفويض أيا كان مداه، أن تعلن أولاً عن سياستها في موضوع معين؛ وأن تحدد بعد ذلك الشروط والأوضاع التي يكفل التفويض من خلالها تنفيذ هذه السياسة وتحقيقها^(٣).

وتلك هي القواعد التوجيهية التي لا يجوز للهيئة المتقلية للتفويض من السلطة التشريعية، أن تتحلل منها في ممارستها للتفويض الصادر لها.

(١) Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, pp. 364.

(٣) Opp Cotton Mills, Inc v. Administrator, 312 U.S. 126, 144 (1941); See Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).

ذلك أن دستورية الأعمال والتدابير التي تتخذها الهيئة المملوكة للتفويض، مناطها أن يصدر بالتفويض قانون عن السلطة التشريعية؛ وأن تكون الأعمال أو التدابير المفوض فيها، داخلة أصلاً في اختصاصها؛ ولا يتناول التفويض مسائل ألزمها الدستور بأن تستقل بتصريفها Non-delegable power.

وكلما كان نطاق التفويض منبهما، أو كانت ضوابط تحديد عناصره ومسؤولياتها، عريضة في اتساعها، كان التفويض غير مقبول سياسياً ودستورياً. ذلك أن السياسة التي تختطها السلطة التشريعية لنفسها، هي التي تحاسبها هيئة الناخبين عنها. فإذا كان التفويض غامضاً في حدوده، أو عريضاً في أبعاده، دل ذلك على تخليها عن جزء من ولايتها لجهة لا تكون مسؤوليتها أمام هيئة الناخبين في الحدود ذاتها التي تقتضيها هذه الهيئة من السلطة التشريعية نفسها.

فلا تفرض هيئة الناخبين رقبتها المباشرة على هذه الجهة بما يطلق تصرفاتها من عقائدها، ويحول دون ضبطها أو مساءلتها عنها. ولا يعد ذلك أن يكون إسرافاً من السلطة التشريعية في مجال التفويض، غير جائز من الناحية الدستورية.

وبفصل قضاء الشرعية الدستورية، فيما إذا كان الاختصاص المفوض فيه داخلاً أصلاً في ولاية السلطة التشريعية؛ وما إذا كان التفويض قد تناول مسائل يجوز التفويض فيها؛ وما إذا كان

منطوقاً على معايير وضوابط توجه بها السلطة التشريعية الذين تلقوا التفويض عنها فيمسا يضمن عليهم أن يفعلوه؛ وما إذا كان التكبير أو الإجراء الصادر عنهم ولقما في حدود التفويض؛ وما إذا كانت الوسائل التي اختاروها في مجال مباشرة السلطة التي فوضوا فيها، ملائمة في غير تجاوز. وليس بشرط أن تكون المعايير والضوابط التي توجه بها السلطة التشريعية الذين تلقوا التفويض منها، جلية قاطعة حدودها، وإلما يكفي أن يكون بالإمكان فهمها^(١).

فلذا أحاط القموض بها، صار التفويض منبهما لا تقتصر مضاره على تنحية هيئة الناخبين عن مباشرة رقابتها على الهيئة المملوكة للتفويض، وإنما تتحقق هذه المضار كذلك من زاوية تخلي

(١) American Power and light Co. v. SEC, 329 U.S. 90 (1946).

السلطة التشريعية عن تقرير خياراتها في مسائل بالغة الأهمية تكتنفها محاذير كبيرة، إلى الجهة التي فوضتها بدلا عنها في اتخاذ قراراتها بشأنها.

وهي جهة تتخلق على نفسها في الأعم من الأحوال، ولا تؤثر الإرادة الشعبية في توجهاتها. وليس لهؤلاء الذين يتصل التفويض بمصالحهم المباشرة، من أثر على تحديدها للبدائل التي تفاضل بينها.

وشأن التفويض الغامض، شأن التفويض المنفوط Broad delegations of power، كلاهما غير مقبول. ذلك أن التفويض في الصورة لثانية يجعل السلطة التشريعية مسنولة عن أعمال ليس لها سيطرة عليها، هي تلك الصادرة عن الجهة المتلقية لتفويض شديد الاتساع. إذ يخولها هذا التفويض أن تحدد بنفسها معايير مذهبها وطرائقها في العمل. وقد يكون التفويض المنفوط مجرد قناع تنمّر للسلطة التشريعية وراءه حتى يتحمل آخرون عنها مسؤولية أعمال خطيرة لا تريد أن تواجهها، بما يقلص من فرص اتخاذ قرار وفق أسس موضوعية في المسائل التي اتصل التفويض بها؛ وينال كذلك من حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية. وهو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية، على أن تنصر قانون التفويض في حدود ضيقة، وأن تبطل قانون التفويض كلما تعذر عليها توفيق أحكامه مع الدستور^(١).

وكما كان للتفويض، لا ينال بصورة ظاهرة من حقوق الأفراد وحرياتهم التي كفلها الدستور، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتسامح غالبا في تخلي السلطة التشريعية من خلال التفويض - عن بعض مظاهر ولايتها، أو أجزاء من مسؤوليتها.

وكثيرا ما تتخذ جهة الرقابة من القيود التي فرضتها الهيئة المتلقية للتفويض على نفسها - في مجال تطبيقها لشروطه ولقواعدها - أساسا لتحديد مضمون التفويض ومداه؛ ومن الضوابط التي حددتها هذه الهيئة لتنفيذ السياسة التي فوضتها السلطة التشريعية في تحقيقها، صمام أمن يحول دون تحكمها في استخدام السلطة التي تعطى للتفويض بها^(٢).

(١) Greene v McElroy, 360 U.S. 474,507 (1959).

(٢) United States v. Rock Royal Co-op., Inc., 307 U.S. 533,577 (1939).

ولا يعني ذلك، أن تستلبد جهة الرقابة على الدستورية من مراجعتها لحدود التفويض وضرورة تعيين المسائل التي يشملها بما يحول دون التعجيل بها. بل ربما كان تحفظها على كل تفويض عريض في مده، أو غامض في معناه، هو القاعدة التي لا تغريظ فيها.

ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، يستحيل القول بتساويها مع السلطة التشريعية التي تراقبها هيئة الدائمين ونسائلها عن أعمالها وتصرفاتها؛ ولا أن تفرض دستورية التدابير التي تتخذها مثلما تفرض دستورية النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية المنتخبة.

ومن غير الجائز بالتالي أن تفرض مشروعية التفويض، أو الضوابط التي يفرض عليها، إذ هو استثناء من أصل اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي يتناولها.

وصح القول بالتالي بأن مناط مشروعية التدابير التي تتخذها الجهة المتلقية للتفويض، هو إنصافها، وإبلاغها الاعتبار لكافة المصالح المتصلة بموضوع التفويض، وبافتراض أن التفويض -في مصدره وأبعاده- لا يناقض الدستور.

ولا كذلك أن تتخلى السلطة التشريعية من خلال التفويض الصادر عنها عن قراراتها الصعبة فيما هو هام من شؤونها، وإن دل العمل على تسامح التفويض الصادر عنها في المجال الدولي بما يخول رئيس الجمهورية سلطة تقدير يتحرر بها من كثير من القيود التنظيمية التي تعد عادة من حركته في النطاق الداخلي^(١).

ويبطل التفويض كذلك إذا كانت الجهة المتلقية للتفويض من أشخاص القانون الخاص كجماعة دينية. ذلك أن السلطة التشريعية لا يجوز أن تتخلى عن موازينها التقديرية إلى جهة خاصة تنقسمها معها. بل إن النظرة الحداثية التي تحملها جهة الرقابة على الدستورية لمثل هذا التفويض، تمثل موقفا ثابتا لها؛ وهو ما يتحقق على الأخص من خلال تفويض منظمة خاصة في أن تتخذ تدابير لها قوة القانون تنظم بها أوضاع صناعة بعينها. ذلك أن المستلزم لا تسلط الناس بعضهم على بعض، وعلى الأخص في مجال يتقاسمون فيه. وصنود تفويض من السلطة

(١) United States v. Curtiss- Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

التشريعية في هذا الاتجاه، موداه تخطى السلطة التشريعية عن واجباتها وامتيازاتها^(١) ولا يجوز تمثيها مع ذلك الاتجاه أن تقاسم جمعية دينية، السلطة التشريعية في اختصاصاتها الهامة والتقديرية^(٢).

٣٩٥- وفي مصر ينظم دستورها الصادر في ١٩٧١ صورتين من صور التفويض: إحداها: هي التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية. وهذه يحكمها نص المادة ١٠٨ من الدستور.

وثانيتهما: تفويض خاص، لا يتقيد بالضرورة، ولا بالأحوال الاستثنائية، وإنما هو تفويض في أوضاع طبيعية، يتوخى أصلاً استكمال نظم قانونية قائمة. ومن ثم نبشّر الجهة المتلقية للتفويض سلطاتها في حدود قانون، فلا تكمل إلا أحكامه.

وهذه الصورة الثانية من التفويض لها مثالان واضحا، هما المادتان ١١٩ و ١١٦ من الدستور.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

الفرع الأول

التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية

٣٩٦- هذه الصورة من التفويض هي التي تنص عليها المادة ١٠٨ من الدستور التي تقول
رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض يصدر عن

(١) A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495, 537 (1935).

(٢) وقد حكم بطلان التفويض الصادر لكل كنيسة والذي يخولها أن تمنح إصدار تراخيص بتداول الخمر داخل دائرة قطرها ٥٠٠ متر من موقع الكنيسة. Larkin v. Grendel's Den Inc., 459 U.S. 116 (1982).
ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية رفضت الإدعاء بعدم دستورية تفويض صادر إلى القبائل الهندية يخولها -في نطاق أقاليمها- تنظيم بيع الكحول فيها. وكان رفض هذه المحكمة للطعن على هذا التفويض، راجعاً إلى أن القبائل الهندية تجمعت منفردة تحول بعض مظاهر السيادة على أعضائها وأقاليمها، ولا يجوز بالتالي مساواتها بالتظيمات الخاصة.

United States v. Mazurie, 419 U.S. 544 (1975).

السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، أن يصدر قرارات لها قوة القانون، بشرط أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات، والأسس التي تقوم عليها.

ويجب عرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولم توافق هذه السلطة عليها، زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٧- ذلك هو نص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو يخول رئيس الجمهورية دون غيره، سلطة استثنائية يدها الدستور بشروط صارمة تحيط بها، حتى لا يباشر رئيس الجمهورية هذه السلطة إحرافاً بها عن مضمونها وأهدافها؛ خاصة وأن مباشرته لهذه السلطة، لأزمها -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا الأسبق من المحكمة الدستورية العليا- نقل الاختصاص التشريعي كاملاً من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية في نطاق المسائل التي فوض فيها، ليمارس صلاحياتها في خصوص ما فوض فيه^(١) بما في ذلك المسائل التي نص للدستور على أن يكون تنظيمها بقانون^(٢).

وتقرر المحكمة العليا كذلك أن هذا التفويض لا يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابتها. وسندها في ذلك أن مباشرة رئيس الجمهورية لهذا التفويض، إنما يتم وفق الشروط والضوابط التي حددها الدستور، وإلا كان مخالفاً لأحكامه^(٣) بخلاف أن هذا التفويض، لا يفيد إعفاء رئيس الجمهورية من الخضوع للقانون^(٤).

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١ لسنة ٢ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من نوفمبر ١٩٧٣- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٢٢ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية عن المحكمة العليا -١٩٧٠-١٩٧٦.

(٢) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من أبريل ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٩ -ص ٤٥٧ من المرجع السابق.

(٣) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٥ أبريل ١٩٧٥- قاعدة رقم ٢٦ -ص ٢٥٩-٢٦٠ من المرجع السابق.

(٤) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ١ مارس ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٢ -ص ٣٥١ من المرجع السابق.

٣٩٨- ونص المادة ١٠٨ من الدستور القائم يفترض أولا: أن يصدر التفويض لرئيس الجمهورية؛ وثانيا: أن يكون هذا التفويض ولغا عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية؛ وثالثا: أن تكون المسائل التي يتعلق التفويض بها، محددة في موضوعها، وفي الأسس التي تقوم عليها؛ ورابعا: أن يكون لهذا التفويض مجال زمني لا يتعداه؛ وخامسا: أن يعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، ما اتخذ من تدابير وفق قانون التفويض وذلك بمجرد انتهاء مدة التفويض، وفي أول جلسة لها، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٩- تلك هي الخطوط الإجمالية للتفويض المخول لرئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٠٨ من الدستور.

ويلاحظ على هذه المادة ما يأتي:

أولا: أنها تشترط لجواز التفويض المقرر بها، أن يصدر لرئيس الجمهورية. ولا يجوز بالتالي أن يعهد به لغيره من أعضاء السلطة التنفيذية أو أجهزتها.

ثانيا: أن هذا التفويض مقيد بالضرورة وبالأحوال الاستثنائية. ولا تكل الأعمال التحضيرية للدستور، ولا أية وثيقة قارنتها أو تقدمتها، على المقصود بكل من الضرورة وبالأحوال الاستثنائية. وهما والعنق مادتان يفترض أنهما لا تختلطان، وإن تعذر ضبط الفواصل بينهما بما يحجزهما عن بعض.

ولا يتصور بالتالي إلا أن الدستور أراد تجسيم الأوضاع الظرفية التي يصدر التفويض بمداستها. ذلك أن الضرورة تنقسم دائما بأمرين: أولهما: إحدائق المخاطر التي تقارنها، ثانيهما: أنها حالة عارضة تنافي الأصل في الأشياء. وهي بذلك استثنائية في خصائصها وطروئها. ومن ثم تندرج تحتها كافة الأحوال الاستثنائية التي تحمل معها هذا النوع من المخاطر. بما مؤداه أن ما قصد الدستور إلى ضمانه من خلال شرطى الضرورة والأحوال الاستثنائية هو أن يرتبط التفويض بأكثر أشكال الضرورة عقا، وخطرا، وحدة، فلا تكون الضرورة التي قصدها الدستور بنص المادة ١٠٨، غير الضرورة الاستثنائية التي تحيط بأوضاع بذواتها، يتوخى التفويض مواجهتها أو التحوط لدرئها، وأنها تستغرق بالتالي كافة الأحوال الاستثنائية التي هي من جنسها، فلا تكون هذه وصفا مضافا إلى الضرورة مستقلا عنها، بل مندرجا تحتها ومشمولا بها.

وما نراه أن ما توخاه الدستور من تعليق جواز التفويض على توافر الضرورة والأحوال الاستثنائية، أن هذين الوصفين -حتى وإن قبل بتدخلهما- إلا أنهما يحبران عن اتجاه قصيد الدستور إلى توكيده، هو ألا تنزل السلطة التشريعية عن بعض مظاهر ولايتها إلى رئيس الجمهورية، إلا إذا حملتها على هذا التفويض أوضاع استثنائية من طبيعة قاهرة Exceptional situations of compelling nature تتقدم بحدتها وعدم ثباتها، وتعدر التنبؤ سلفا -بالتالي- بأحوالها وظروفها ومتغيراتها، مما يقتضى مواجهة صورها المختلفة بتدابير تلائمها لها من مرونتها وفاعليتها ما يكفل رد المخاطر التي تقارنها أو على الأقل التقليل من شدتها.

وبالتالي لا تتخلى السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية عن بعض مظاهر ولايتها حتى تترن هذه الأوضاع القاهرة في حدتها، والمتغيرة في أشكالها، بما يناسبها. فلا تكون الضرورة والأحوال الاستثنائية بالتالي غير وصفين لسلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية في ألق الأوضاع، وأكثرها خطرا في نوعها، ودرجة إحذلقها.

ثالثا: أن التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور، يجوز أن يتناول كافة المسائل التي تدخل أصلا في اختصاص السلطة التشريعية، عدا تلك التي نص الدستور على أن تستقل هذه السلطة بنفسها باتخاذ قرار فيها، بالنظر إلى أهميتها واتصالها المباشر بمصالح مواطنيها، أو بالسياسة التي اخطتها لنفسها في تحقيق هذه المصالح وضمانها. ويبطل التفويض بالتالي إذا تعلق بأكثر مهام السلطة التشريعية خطرا ولئدها أهمية، كاتصال التفويض بتنظيم الجوانب الأساسية لحقوق المواطنين وحيرياتهم.

وليس كافيا بالتالي ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من ضرورة أن تعين السلطة التشريعية موضوع التفويض، ذلك أن كل تفويض ينحل إلى سلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية فيما ينبغي أن تتولاها السلطة التشريعية أصلا من مهامها، وما لا يجوز لها التفریط فيه من جوانب مسؤوليتها، يكون مجاوزا ضوابط الدستور.

رابعا: أن لكل تفويض مدة لا يجوز أن يجاوزها. وهي لا تكون كذلك بناء على مجرد تحديد المشرع للولمة التي يبدأ منها جريانها، وتلك التي تزول بتحققها، ذلك أن مدة التفويض الجائزة وفقا للدستور، إنما تتحدد بقدر الضرورة الاستثنائية التي صدر التفويض لمواجهتها، ليزول التفويض بزوال هذه الضرورة. كذلك لا يجوز أن تتدخل مدد التفويض -حتى مع قصر

كل منها- لتتحول في مجموعها إلى مدد تتصل حلقاتها ويستطيل زمنها. وهو ما يتحقق من خلال موافقة السلطة التشريعية على قانون تفويض جديد يتناول المعامل عينها قبل انتهاء مدة التفويض الأول بأيام، أو في اليوم التالي مباشرة لانتهاء مدة التفويض الأول.

ذلك أن تدخل مدد التفويض مع بعضها، أو تعاقبها في الزمان، مؤداة أن ينسب زمن التفويض إلى غير حد، وأن يتراخى بالتالي عرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية. ويحين أن يعامل هذا التفويض بالتالي باعتباره غير محين المدة، وباطلا.

خامسا: أن التزام رئيس الجمهورية بأن يعرض على السلطة التشريعية فور انتهاء مدة التفويض، التدابير التي اتخذها أثناءه، يفترض أن تكبر هذه السلطة حوارا حقيقيا حول طبيعة هذه التدابير، وضرورتها، ونطاقها، ومناسبتها للأوضاع الاستثنائية الملحة التي واجهتها.

ذلك أن تخويل رئيس الجمهورية الاختصاص بالتفويض وفقا لنص المادة ١٠٨ من الدستور لا يجوز أن ينحل إلى سلطة مطلقة بإشرافها دون قيد. وإنما تتحدد مشروعية التدابير التي اتخذها، على ضوء الأوضاع التي لا يستها، ويقدر حدتها، وإلا صار التكبير مجردا من سببه، وباطلا.

سادسا: أن الأسس التي يقوم عليها تنظيم الموضوع محل التفويض، ينبغي أن تكون قاطعة في وضوحها. ذلك أن هذه الأسس هي المعايير التي تلتزمها السلطة المنتقبة للتفويض فيما تفعل. فإذا خلا قانون التفويض منها، أو جهل المشرع بها، بطل التفويض. ذلك أن انتفاء هذه المعايير أو غموضها، مفض إلى إطلاق سلطة التفويض، فلا تحكمها ضوابط توجهها ونقدها.

سابعا: أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالا للتفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، لها قوة القانون، وفوتها هذه تخول رئيس الجمهورية أن يعدل قوانين قائمة، وأن يلغيها، وأن ينظم كل الحقوق التي يشملها موضوع التفويض أيا كان نوعها.

وشرط ذلك ألا ينقض تنظيمه لهذه الحقوق أية ضمانات كفلها الدستور لها، أو ينتقصها من أطرها.

ذلك أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لهذه المادة -ولو تطلبها أوضاع استثنائية- لا يجوز أن تخل بنصوص الدستور. وإنما تكون هذه النصوص قيدا عليها، فذلك وحده هو الضمان لخضوع هذه التدابير للقانون، والدستور في مدارجه الأعلى.

ثامناً: حدد الدستور حالتين تزول فيهما قوة القانون التي كانت للتدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لنص المادة ١٠٨ المشار إليها هما: إذ لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا عرضها على هذه السلطة ولكنها لم تقرها.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن نص المادة ١٠٨ من الدستور لم ينص على زوال قوة القانون التي كانت لهذه التدابير بأثر رجعي يرد إلى لحظة اتخاذها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا قد عرضها عليها ولكنها لم تقرها. بيد أن قوة القانون التي كانت لهذه التدابير لا تزول عنها -في إحدى هاتين الحالتين- بأثر رجعي. وذلك خلافاً لنص المادة ١٤٧ من الدستور التي تتعلق بلوائح الضرورة والتي تنسحب بزوال الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرد إلى لحظة إصدارها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولكنها لم تقرها، وذلك ما لم تقرر السلطة التشريعية اعتمادها في الفترة السابقة، أو تصوية الآثار المترتبة عليها بوجه آخر.

وهذه المغايرة في الحكم بين كل من نص المادة ١٠٨ و١٤٧ من الدستور، غير مفهومة. ذلك أن صدور قانون التفويض عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، يفترض تعديها بالشروط التي فرضتها المادة ١٠٨ من الدستور لجوهره. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية التدابير التي اتخذها إعمالاً لقانون التفويض، أبان ذلك ضمناً عن مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. ويفترض بالتالي أن رئيس الجمهورية تستر وراء عدم عرضها حتى لا يكشفها ومن ثم كان يتعين أن تزول هذه التدابير بأثر رجعي، هي وقانون التفويض، إذا كان قد أقر بالمخالفة للدستور. كذلك فإن عدم إقرار السلطة التشريعية للتدابير التي أمر بها أو قررها رئيس الجمهورية وفقاً لقانون التفويض، مؤداه مجاوزة رئيس الجمهورية حدود التفويض -بافتراض صحة القانون الصادر به- ليس البطلان هذه التدابير منذ العمل بها. ولكن نص المادة ١٠٨ من الدستور أثر أن يتخذ موقفاً مختلفاً، فلم يبطل بأثر رجعي قوة القانون التي كانت لهذه التدابير، ولم يخول السلطة

التشريعية حق اعتماد آثارها في الفترة السابقة على عرضها عليها، أو تسوية الأثار التي رتبها على نحو آخر.

وفي ذلك إغراء للرئيس بأن يتخذ تدابير مخالفة للدستور ولقانون التفويض، وأن تظل لها قوتها كقانون طول الفترة السابقة على عدم عرضها على السلطة التشريعية، أو على رفضها لها.

وأيا كان الأمر فإن بقاء قوة القانون لتلك التدابير في الفترة السابقة المشار إليها، لا يطهرها من عوار مخالفتها للدستور، ولا يخلها في زمرة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بنفسها وفق نص المادة ٨٦ من الدستور.

٤٠٠- وينبغي أن يلاحظ في شأن نص المادة ١٠٨ من الدستور:

أولاً: أن تحديد قانون التفويض للمسائل المفوض فيها، يفترض امتناع تجهيل بها وكذلك حظر كل تجديد لها يخل بوحدة موضوعها.

ثانياً: أن لكل تفويض شروطاً شكلية تمثل الحدود الخارجية للتفويض وشروطاً موضوعية تلبس حدوده الداخلية. وتقتصر الشروط الشكلية للتفويض في أن يصدر عن السلطة التشريعية بقانون يقره ثلثا أعضائها. وأن يعرض رئيس الجمهورية عليها - بمجرد انتهاء مدة التفويض - للتدابير التي كان قد اتخذها أثناءه.

ولا كذلك شروطه الموضوعية التي تتعلق بالضرورة الاستثنائية التي تبرره، وب نطاق المسائل التي يتناولها وأسس تنظيمها، والأجال التي يباشر رئيس الجمهورية خلالها السلطة التي فوض فيها.

ثالثاً: أن الرقابة التي تباشرها السلطة التشريعية بعد انتهاء مدة التفويض على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية تنفذاً لأحكامه، هي رقابة ملزمة محلها انسجام هذه التدابير مع الأوضاع التي واجهتها بما يدل على تناسبها معها. وهي كذلك رقابة موضوعية غايتها التحقق من موافقة التدابير أو مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. وهي في صورتها هاتين، رقابة سياسية لاحقة محلها التدابير بعد العمل بها وتطبيقها.

رابعاً: أن مدة التفويض تمثل أخطر عناصره في مجال التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية. ذلك أن انقراط هذه المدة وفرطتها، مؤداه اتساعها وأن يستطيل زمن سريان هذه التدابير الاستثنائية في طبيعتها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين وحرياتهم^(١). فإذا جهل قانون التفويض بالمدة التي يباشر خلالها، أو حدها على نحو من يحتمل أكثر من تأويل، دل ذلك على إخلال السلطة التشريعية بواجباتها، من خلال نظرها بصورة لا اعتدال فيها- جانباً من ولايتها إلى رئيس الجمهورية^(٢).

خامساً: أن قانون التفويض يخول رئيس الجمهورية أن يباشر سلطة استثنائية لا تدخل أصلاً في ولاية السلطة التنفيذية. ويتعين بالتالي أن يمارسها في الحدود الضيقة التي حدد الدستور ملامحها، وأن يتوخى أكبر قدر من الحذر في التدابير التي يتخذها بالنظر إلى خروجها على أصل انفراد السلطة التشريعية بها. ذلك أن الدستور حدد لكل سلطة وظائفها الأصلية، وما تبشره من أعمال لا تندرج تحتها أو تدخل في إطارها. وإما تعد استثناء على أصل تعلق نشاطها بالشؤون التي توافق طبيعة وظائفها. وقد حصر الدستور الأعمال الاستثنائية التي تخرج بها كل سلطة عن

(١) "مستورية عليا" القضائية رقم ١٣ لسنة ٤ قضائية "مستورية عليا" جلسة ٥ إبريل ١٩٧٥-قاعدة رقم ٢٨-ص ٣٠٧ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية. ويلاحظ أن هذه المحكمة كان قد طعن أمامها بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ التي تفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون، خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتعلق بأمن الدولة وسلامتها وبتجئة كل إمكاناتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني، وبصفة عامة في كل ما يراه ضروريا لمعالجة هذه الظروف الاستثنائية. ولقد اعتبرت المحكمة أن لكل تفويض مبادا مطوما لا يقاس بالضرورة بوحدة قياس الزمن المادية كالشهر والسنة، وإملا يجوز أن تتحدد مدة التفويض على ضوء معيار علم كلفهاء الحركة بين مصر وإسرائيل. وما قرره المحكمة العليا على النحو المتقدم معيب. ذلك أن المقصود بمدة التفويض، هو أن ينحصر في أجل زمنية لا تستطيل مدتها حتى لا يخل لرئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في المسائل التي فرضته فيها لأجل لا يبدو لها من نهاية في المنظور القريب.

(٢) "القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦-قاعدة رقم ٢٣-ص ٢٩ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا

النطاق الطبيعي لوظيفتها. وعليها بالتالي أن تلتزم حدودها الضيقة، وإلا صار نشاطها فيما تجاوز فيه حدود وظيفتها الأصلية، مخالفاً للدستور^(١).

مبدأ: إذ تقر السلطة التشريعية قانون التفويض، فإن عليها أن تبين الخطوط العريضة التي انطلق التفويض منها، والأغراض النهائية التي قصدتها من التفويض في إطار السياسة التي تتوخى تنفيذها من خلاله.

ذلك أن هذا التحديد -بعبارة المختلفة- يقدم لرئيس الجمهورية عونا كافيا ييصر به حقيقة المهام التي كلفه التفويض بتنفيذها.

مبدأ: لا يعتبر رئيس الجمهورية في تنفيذ قانون التفويض نائبا عن السلطة التشريعية، ولا يحل محلها فيما يتخذه من التدابير تطبيقاً لأحكامه.

ثامنا: الأصل في التفويض بالاختصاص، أن يكون مباشر الأثر. بما مؤداه حظر سريان التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لأحكامه بأثر رجعي يردك إلى لحظة سابقة على الأمر بها، بالنظر إلى القيود التي تفرضها هذه التدابير على الحرية والملكية.

الفرع الثاني

التفويض في غير الضرورة الاستثنائية

٤٠١- فضلا عن التفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو نص عام في مجال التفويض مقيد بالضرورة الاستثنائية، ولا يتلقى التفويض طبقا لأحكامه غير رئيس الجمهورية، ولا يصدر قانون التفويض وفقا لنص هذه المادة إذا لم تقرر السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، فإن نص المادتين ٦٦ والفقرة ١١٩/٢ من الدستور، يدخلان في صور التفويض الخاص التي لا تنقيد بشروط التفويض المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٥-ص ٣٣٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها. انظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٤٢٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن هذا التفويض الخاص يتم بخصائص محددة هي:

١. أن هذا التفويض الخاص يجوز أن يصدر لرئيس الجمهورية أو لغيره من أعضاء أو أجهزة السلطة التنفيذية.
٢. أن هذا التفويض الخاص لا يصدر عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، وإنما بالأغلبية المطلقة للحاضرين منهم.
٣. أن السلطة التشريعية لا تتخطى به عن المسائل التي تتولها التفويض، ولكنها تنظم بعض جوانبها على أن تعهد بباقيها للسلطة التي تتلقى التفويض منها وفيما يلي بيان لحكم المادة ٦٦ والمادة ٢/١١٩ من الدستور.

أولاً:

نص المادة ٦٦ من الدستور

٤٠٢- الأصل أن تتولى السلطة التشريعية، ويقانون نقره وفقاً للدستور، تحديد كافة الجرائم وبيان عقوباتها. بيد أن نص المادة ٦٦ من الدستور حولها أن نقر قانوناً متضمناً أمرين:

أولهما: بيان الظروف الرئيسية للتجريم في أحوال بذاتها.

وثانيهما: تفويض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانب هذا القانون.

ولا مخالفة في ذلك للدستور. ذلك أن السلطة التنفيذية لا تبادر من تلقاء نفسها بتحديد بعض ملامح التجريم كجمل محجوز لها، ولكنها تعمل من خلال التفويض في حدود قانون قائم، بما يجعل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ودائراً في إطار قانون صادر عنها^(١).

وإذا تباشر السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عملاً بنص المادة ٦٦ من الدستور التي تؤكد ما جرى به العمل من تكليفها بتحديد بعض ملامح الجرائم وعقوباتها في الحدود التي بينها القانون،

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧-القاعدة رقم ٤٧-ص ٧١٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

واستهدافا للصالح العام؛ فإن ما تصدره السلطة التنفيذية من القواعد القانونية في مجال تطبيق نص المادة ٦٦ المشار إليها، لا يعتبر من صور التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور القائم، ولا من قبيل اللوائح التنفيذية التي نظمها المادة ١٤٤ من هذا الدستور^(١).

ثانياً:

الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور

٤٠٣- كذلك فإن الضريبة العامة وإن كان لا يجوز فرضها إلا بقانون عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١١٩ من الدستور، فإن فقرتها الثانية تنص على أن غير الضريبة من الأعباء المالية، يجوز فرضها في حدود القانون.

ويتعين بالتالي أن تعامل الفقرة الثانية المشار إليها كنص خاص في مجال تطبيقها، لا تنقيد بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، ولكنها تخول السلطة المنقولة للتفويض -ولو لم تكن هي رئيس الجمهورية- حق فرض كافة الأعباء المالية -التي ليس لها خصائص الضريبة العامة- على ضوء الشروط والأوضاع التي اتصل التفويض بها وفق القانون الذي حددها. شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ المشار إليها في ذلك، شأن التفويض المقرر بنص المادة ٦٦ من الدستور؛ كلاهما نص خاص أوردته الدستور، متضمننا تنقيده العام، فلا يكون دائراً إلا في إطاره^(٢).

ثالثاً:

الضابط العام لكل من المادتين ٦٦ و ٢/١١٩ من الدستور

٤٠٤- وإذا تنقيد السلطة التنفيذية دوماً في مجال ممارستها لاختصاص فرضها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعي للقواعد القانونية جميعها -سواء في ذلك ما تقره

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ٧ من فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٨٦- ص ١١٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) Bowen, Secretary of Health and Human Services v. Georgetown University Hospital. Decided december 12, 1988.

السلطة التشريعية منها أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محيط العلائق القانونية، وما يلايسها -في الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التي يفترضها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيته نون منذ من نصوص التفويض ذاتها، فقد صار لازماً لبطال الأثر الرجعي لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها -بالنصوص التي تضمنها- هذا الاختصاص.

A statutory grant of legislative rulemaking authority will not, as a general matter, be understood to encompass the power to promulgate retroactive rules unless that power is conveyed by legislator in express terms.

الفصل الرابع والخمسون

شروط الفصل في دستورية التصوص القانونية

٤٠٥- وإذا كان إسناد المسائل الدستورية إلى جهة قضائية للفصل فيها، من الأمور بالغية الأهمية في التطور الديمقراطي لنظم الحكم في الدولة؛ فإن تحديد نطاق المسائل الدستورية التي يدخل الفصل فيها في ولاية هذه الجهة، لا يقل أهمية. ذلك أن كثيرين يتوثنون لمعارضة الدولة في سيادتها، ويسعون لمواجهةها على أسس دستورية، في كل قرار أو قانون يصدر عنها. ويتعين بالتالي أن تصوغ جهة الرقابة على لشرعية الدستورية القواعد التي تحدد على ضوءها الأشخاص الذين يحق لهم التذاعى أمامها، وبمراعاة أن موقفها من تطبيق هذه القواعد، قد يؤثرون بتطويرها للشرعية الدستورية، أو يدل على الانتكاس بها. ذلك أن الإفراط في تقرير الصور التي تستبعد فيها الخصومة الدستورية من ولايتها، يقضى دها عن كثير من حالاتها. كذلك، فإن إسرافها في تقرير أحوال قبولها قد ييسط رقابتها إلى حدود بعيدة، وكان منطقياً بالتالي أن توازن الجهة القضائية بين ما ينجم من مضار عن إنكار حق المدعى في الحصول على ترضيعة قضائية يستحقها^(١)، في إطار الخصومة الدستورية التي تختلط ملامحها السياسية بخاصة بالقانونية؛ وبين الأضرار التي تنجم عن ضمانها لهذه الترضيعة في غير موجباتها، لتتحل الخصومة الدستورية في كثير من تطبيقاتها -وبغير نص في القانون- إلى دعوى أصلية بحكم الدستورية.

ولئن جاز القول بأن الرقابة التي تبشرها الجهة القضائية فصلاً في دستورية التصوص القانونية، حذرة بطبيعتها، وأن اعتدال حدودها، يقتضيها الامتناع عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها؛ إلا أن للقضاء للمقارن ألقام من خلال هذه القاعدة الكلية، جداراً فصل به بين المسائل الدستورية التي يجوز لجهة الرقابة بحثها، وتلك التي لا يجوز لها أن تخوض فيها. فلم يخول هذه الجهة أن تفصل في مسائل سياسية لا خصومة دستورية تتم رفعها إليها قبل الأولن، صار الفصل فيها مجرداً من كل فائدة عملية، وكذلك إذا كان أطرافها قد لغقروا بالتدابير وللتواطؤ فيما بينهم لتأخذ في ظاهرها وعلى خلاف حقيقتها شكل خصومة حقيقية احتدم النزاع فيما بين أطرافها حال أنها خصومة وهمية اصطلموها.

(١) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 509 [1961].

والحق أن الخصومة في هذه الفروض جميعها يحيط بها أصل عام مؤداه انتقاء ضرورة الفصل في المسائل الدستورية المثارة فيها، فلا يكون لهذه الخصومة من ساق يقيمها، وهو ما يتحقق كذلك إذا لم يعد مثلاً في هذه الخصومة غير خصم واحد^(١).

(١) لو أن شخصاً قضى بتهمة الجنائية الموجهة إليه، فإن الحكم البات بإبرامه يكون قد أخرج من الدعوى الجنائية، فلا تجوز إعادة محاكمته من جديد، ولو للتوصل في مسائل قانونية. ذلك أن الدعوى الجنائية أن يكون مثلاً فيها غير طرف واحد، هو النيابة العامة. وإن يكون رأى المحكمة في هذه المسائل القانونية غير رأى استشاري.

المبحث الأول

خصائص الخصومة الدستورية

٤٠٦- لا يفصل قضاء الشرعية الدستورية، في غير خصومة يقيمها المدعى وفقا للأوضاع المقررة قانونا. ذلك أن مراجعتهم للنصوص القانونية المطعون عليها لتقرير صحتها أو بطلانها، ليس عملا منفصلا عن الوظيفة القضائية، وإنما يدخل في صميم بنائها، ولئن كانت الوظيفة القضائية ملببة بطبيعتها؛ فإن ما يستهجنها ليس مطلق الخصومة القضائية. وإنما هي الخصومة التي يكون عنصر النزاع مائلا فيها، بما يؤكد تضاد مصالح أطرافها، وتناقضها بصورة حقيقية لا تخيلية Speculative.

وإفراغ هذه المصالح -التي يتجاذبها أطرافها- في شكل الخصومة القضائية للتسي يتناظر الخصماء فيها في موقفهم من الحقوق التي يطلبونها، مؤداه أنهم خصماء حقيقيون يتطاحنون من أجل إثباتها ونفيها، ويتناحرون في الدعائم التي يساند بها كل فريق وجهة النظر التي يقول بها^(١).

فلا يظهر هؤلاء وهؤلاء في الخصومة الدستورية، إلا غرماء تتضاد مصالحهم Adverse litigants، وتفرق توجهاتهم، خاصة في المسائل الدستورية التي لا تفصل جهة الرقابة على الدستورية فيها من منظور علوها على السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ ولا من منطلق حق في الاعتراض A veto power مخول لها على مطلق تصرفاتهما؛ ولا بالفراض أنهما مسئولتان أمامها عن أفعالهما، وأنها تقتضيهما حسابا عنها. وإنما تقام الخصومة الدستورية أمامها فصلا في الحقوق التي يقال بأن النصوص القانونية المطعون عليها قد أهدرتها بالمخالفة للدستور.

فلا تكون الخصومة القضائية إلا طريقا وحيدا للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها، ومن خلال تنازع المصالح التي تتعلق هذه المسائل بها.

(١) شرط تنازع المصالح وتغلغلها في الخصومة الدستورية، من الشروط المسم بها في القضاء المقارن.

انظر في ذلك:

Smith v. Indiana, 191 U.S. 130 (1903); Braxton County Court v. West Virginia, 208 U.S. 192 (1908); United States v. Johnson, 319 U.S. 302 (1943); Lonngpass v. Bell, 180 U.S. 276 (1901).

ولا يجوز بالتالي أن تتجرد الخصومة الدستورية من عنصر النزاع؛ ولا أن يكون الفصل فيها قد صار عقيماً؛ ولا أن يكون النزاع مختلفاً مندرجاً؛ ولا أن تكون حقيقته لم تكتمل؛ ولا أن تتأبى المسائل التي يثيرها نزاع قائم مكتمل العناصر، على الفصل قضائياً فيها.

فكلما قام الدليل على أن دور المدعى في الخصومة الدستورية التي رفعها، كان ضئيلاً^(١)؛ أو كان قد توهم ولقعاتها؛ أو صورها على غير حقيقتها؛ أو كان قد جهل بالمسائل الدستورية موضوعها؛ أو كان من غير المتصور أن تتعلق بها ترضية قضائية أياً كان نوعها أو نطاقها؛ فإن الخصومة الدستورية في هذه الفروض جميعها، لا تتوافر أركانها.

ولا كذلك أن يكون أحد أطرافها -قد تمعد بعد استيفائها لشرائطها المقررة قانوناً- أن يطيل أمد للنزاع؛ أو أن يكون قد باهر من جهته إلى اتخاذ الخطوة الأولى التي تستهض الق فصل في المسائل الدستورية^(٢).

(١) United States v. Johnson 319 U.S. 302 (1943).

(٢) Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202, 204 (1958).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن طالباً زلجياً كان مهتماً بالتعويض عليه أو أنه جلس في المكان المخصص للبيض في إحدى الحافلات. غير أنه أبطل مخاطرة التعويض عليه، واتخذ -متحدياً- مكاناً في مقاعد البيض في الحافلة، لويثر الخصومة الدستورية ويحركها.

المبحث الثاني

الخصومة المختلفة بالتكبير والتميل Friendly or Collusive Suits

٤٠٧- والخصومة التي تعلينا في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، هي الخصومة الحقيقية التي لا يصطنعها أطرافها، ختالا بقصد الإيهام بوجود نزاع غير قائم فعلا. فلا يكون موقفهم منها غير تلفيق لها Feigned cases؛ بقصد الفصل في مسائل تطعيمهم^(١) أو لإظهار مسخطهم على المشرع لإقراره قانونا لا يرحبون به ولم يجز تطبيقه عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية لا تتصل قانونا إلا بخصومة حقيقية دافقة وحيوية A real, earnest and vital، تبلور حدة التنازع في الحقوق المدعى بها Antagonistic assertion of rights.

٤٠٨- ولا شأن لها بالتالي بمسائل جدلية يكون الفصل فيها قائما على التطوير والتأصيل؛ ولا بمناجزة السلطة التشريعية ولايتها لإنكارها بعض الحقوق الفردية التي ليس لهم بها من شأن. ذلك أن مناط اختصاص جهة الرقابة على الدستورية بالفصل في المسائل الدستورية، هو أن يحركها عنوان على الحقوق التي كفلها الدستور لأصحابها يحملهم على التذاعى لطلبها في صورة جازمة، ومن خلال التطلعان عليها مع السلطة التي جحدتها، وعن طريق الترضية القضائية التي يردون بها هذا العنوان، فلا تتوافق مصالح من يطلبونها ومن يعارضونها، ولا يكون تزواجها ممكنا.

وتلك هي الخصومة القضائية التي بذلها أن يكون النزاع فيها مديرا بين أطرافها، ناجما عن تلاقيهم على الإيهام بوجوده، فلا يكون نزاعهم حول المسائل التي يطلبون الفصل فيها حقيقيا، بل منتحلا، لتظهر الخصومة القضائية في صورة وهمية مجافية لحقيقتها، بما يعطيها غير ثوبها، ويجعلها -في واقعها- محض خصومة تحكمها المودة بين أطرافها A Friendly Suit لا يحسوز قبولها^(٢).

(١) Lord v. veasie, 8 How (49 U.S.) 1850.

(٢) وليس بشرط توصف الخصومة بأنها غير ودية، أن يكون الحداء الشديد قد استحكم بين أطرافها. Animosity إذ يكفي أن تتقاض مصالحهم وتتصادم في شأن الخصومة الدستورية المرفوعة.

٤٠٩- والحق أن شرط احتكام التنازع بين المصالح في الخصومة الدستورية، يتصل بتوافر المصلحة في اقتضائها. ولا يتحقق ذلك ما لم يكن لأطرافها مصلحة شخصية في محصلتها النهائية التي تمثل الفائدة العملية التي يتوقعون اجتئادها منها، وهي الفائدة لا شأن لها بطبيعية المسائل الدستورية للمثارة فيها^(١). يؤيد ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تتولى غير رقابة محدودة على السلطتين التشريعية والتنفيذية. وليس لها بالتالي أن تطلق الحان لولايتها بأن تفصل في خصومة دستورية في غير ضرورة، وإلا كان ذلك إخلالاً بمبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين. ومن ثم كان شرط المصلحة الشخصية محركاً للخصومة الدستورية، ودالاً على توافر شرائط الفصل فيها^(٢) بل إن اقتضاء هذا الشرط يمثل جوهر الرقابة على الدستورية باعتبار أن التحوط من القيود عليها^(٣) Prudential Restraints وإن تعين القول بأن تطبيق جهة الرقابة لهذا الشرط، يتردد بين التطبيق والإلتناع.

(١) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

(٢) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 750 (1984).

(٣) E.G., valley Forge Cristian College v. Americans United, 454 U.S. 464 (1982).

المبحث الثالث

الخصومة العقيمة Moot Cases

٤١٠- الأصل أن تتوفر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى في الخصومة الدستورية ليس فقط وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل هذه المصلحة قائمة حتى الفصل فيها^(١) ذلك أن الخصومة الدستورية التي يجوز قبولها هي الخصومة القائمة والمستمرة *Actual and ongoing* case والتي يؤثر الفصل فيها في الخصومة التي يدعيها أطرافها. فلا تكون هذه الخصومة غير خصومة حقيقية تنطوق بمصالح جوهرية لا يفرض الخلاف حولها إلا بإزالة حكم الدستور عليها. وهي بذلك لا تتناول وقعة فرضية. ولا بذلك يكتفى بالتالي لقبول الخصومة الدستورية، أن يكون موضوعها حياً وقت رفعها. بل يتعين لجواز نظرهما أن يظل هذا الموضوع متوجهاً حتى الفصل فيها. فإذا خبا وانطفأ في مرحلة من مراحلها بعد أن كان ملتهباً *A live*، دل ذلك على أن تغييراً طرأ على وقعاتها أو على حكم القانون بشأنها^(٢)، وأن من شأن هذا التغيير ألا تبقى أثارها مصلحة في اجتهاد الفائدة العملية التي كان يتوقعها منها، لتصبح الخصومة منقضية بعد زوال عنصر النزاع منها^(٣).

ومن ثم يفترض لقتضاء الخصومة الدستورية في هذه الصورة، أن يصير الفصل فيها عقماً غير منتج بالنظر إلى طوره أحدث عليها كان من أثر نتائجها من الناحية الزمنية؛ تجريدتها من كل فائدة.

فالنزول عن حق الطعن في الحكم بعد نشوء هذا الحق، يجرد خصومة الطعن من موضوعها فلا يبقى بعد هذا النزول شيء للفصل فيه.

والتصالح في شأن الحقوق المتنازع عليها بعد طلبها من خلال الخصومة القضائية، يستبرئ منها لها، وحالاً دون اقتضاها عن طريقها.

(١) E.g. *Untied states v. Munsingwear*, 340 U.S. (1950); *Grolden v. Zwickler*, 394 U.S. 103 (1969).

(٢) *Hall v. Beals*, 369 U.S. 45 (1969); *Sanks v. Georgia*, 401, U.S. 44 (1971).

(٣) *Lewis v. Continental Bank Corp.*, 494 U.S. 472 (1990).

بما مؤداه أن الصورة التي تكون عليها الخصومة عند الفصل فيها هي التي تحدد مصيرها انتهاء، ولا يكفي بالتالي أن تتوفر المصلحة الشخصية والمباشرة في المدعى في الخصومة الدستورية وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل كذلك حتى الفصل فيها^(١).

فإذا علق المشرع مباشرة للمواطنين لحق الاقتراح في الدائرة الانتخابية التي يقومون فيها، على شرط إقامتهم بها لمدة التي عينها. وكان شرط المدة متوافرا في بعضهم ومتخفا في آخرين منهم. فإن خفض المشرع لهذه المدة بما يكفل توفرها في هذه الدائرة لأفراد هيئة الناخبين جميعهم، يعتبر منبها لهذه الخصومة.

فإذا أصرت جهة الرقابة القضائية على موالاة الفصل فيها، فإن ما يصدر عنها لا يعتبر حكما في خصومة؛ بل رأيا استشاريا يتناولها من منظور مجرد، ولا يكفل غير مصلحة نظرية يبلورها مجرد بيان حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي أثارها هذه الخصومة. وهو ما يداني حقيقة أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائيا فيها، هي تلك التي يظل النزاع فيها قائما ملتبها، ومتصلا بين أطرافها^(٢).

An actual ongoing dispute between the parties.

٤١١- بيد أن القاعدة التي تقضي بوجود أن تبقى الخصومة الدستورية حية حتى وقت الفصل فيها، لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن للقضاء أجاز الخروج عليها في أحوال استثنائية وهي:

أولاً: أن الفصل في الخصومة الدستورية لا يعتبر عقبا، إذا كان ثمة أساس مقول للقول بأن الأضرار التي رتبها النصوص المطعون عليها، قد تعود بعد انقطاعها، ليعرض ثانية لبها المدعى في هذه الخصومة بما يؤكد رجحان تكرارها Capable of repetition؛ وبشرط أن تكون هذه الأضرار قصيرة مدتها إلى حد كبير، بحيث يستحيل الفصل نهائيا في الخصومة الدستورية قبل زوالها أو انقطاعها.

(١) Aetna Life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 227 (1937).

(٢) Kremenes v. Bartley, 431 U.S. 119, 128 (1977); See also, Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911); DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974); Honig v. Doe, 484 U.S. 305, 332 - 333 (1988).

If the challenged action was in its duration too short to be fully litigated prior to its cessation or expiration and if there was a reasonable expectation that the complaining party would be subjected to the same action again

فالمرأة التي تطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تمنعها من إجهاض نفسها، يفترض أن تكون حاملا عند رفعها لدعواها الدستورية . فإذا قيل بأن الحكم في دعواها هذه قد صار عقيما بعد ولادتها لطفلها قبل الفصل فيها، لكن ذلك إنكارا لحقيقة أن مدة الحمل لا تستطيل حتى الفصل نهائيا في دستورية النصوص القانونية المانعة من الإجهاض . فضلا عن أن احتمال حملها من جديد قائم دوما، فلا يعتبر حق المرأة في الإجهاض منقضا بولادة طفلها -حيا أو ميتا- إذ هو من الحقوق المتجددة في كل مرة يتم إخصابها فيها.

والقول بغير ذلك مؤداه أن نترتب حملا جديدا حتى تقبل دعواها الدستورية الثانية، التي لن يكون حظها بالنسبة إليها أوفر من حظها في دعواها الأولى، لأن حملها لابد أن ينتهي بولادة طفلها قبل الفصل في دعواها الثانية، فلا تتوافر لديها أية وسيلة ملائمة تصون من خلالها ما تراه من حق لها في إجهاض نفسها، لتكور المرأة الحامل في حلقة لا نهاية لها، ولا مخرج منها إلا إذا نظرنا إلى المرأة باعتبارها مهية بطبيعتها لأن تحمل كلما جامعها رجل، وأن حملها بالتالي متجدد بالضرورة، لتقوم مصلحتها في الخصومة الدستورية بحملها الأول وحده، ولو صار هذا الحمل منتهيا، ذلك أن مضار النصوص القانونية التي حرمتها من حق الإجهاض، تظل باقية على تقديره أن مجرد احتمال وقوع حمل جديد، وتكراره بالتالي، يرد للخصومة الدستورية أنفسها، ويعيدها إلى الحياة^(١).

(١) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

ويلاحظ أن المرأة الحامل في هذه الدعوى كانت قد رفعت عام ١٩٧٠ دعواها الدستورية التي تطعن بها إلى دستورية تشريع الولاية الخاص بمنع الإجهاض. وقد فصلت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه الدعوى عام ١٩٧٣ أي بعد ثلاث سنوات من رفعها، كان الحمل خلالها قد انتهى. ولو أن شروط القول في جامعة، تميز بين طلبتها بالنظر إلى لونهن؛ وكان المدعى في الخصومة الدستورية -هو أسود اللون- قد طعن بمخالفة هذا التمييز للدستور؛ وكان المدعى في الرابع الأخير من السنة النهائية لدراسته بكافة الحقوق بها وقت نظر دعواه أمام المحكمة العليا، فإن مصلحته في دعواه هذه تكون منتقدة إذا كانت الجامعة قد تمهت بأنها لن تلغي قيده بها أيا كانت نتيجة الفصل في دعواه هذه. ذلك أن هذا التمهيد مؤداه أن يكمل دراسته بغض النظر عن مضمون قضاء المحكمة العليا في دعواه، ولن تلحقه بالتالي أية مضار يتصور أن يدفعها بها.

See De Funis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).

Capable of repetition, yet evading review.

ثانيها: أن يكون المدعى من أفراد طبقة بذاتها، كأن يكون محاميا أو طبيباً أو حرفياً ويدخل بذلك في عموم طبقة المحامين أو الأطباء، أو المهندسين أو الحرفيين.

وقد يكون المدعى كذلك أحد أفراد هيئة الناخبين ليصدر واحداً من مجموعهم ودخلاً فسي طبقتهم فإذا حدد المشرع لأفراد هذه الطبقة جميعهم، شروطاً تنظم شأنهم من شأنهم فإن استيفاء المدعى في الخصومة الدستورية لهذه الشروط بعد رفعها، مع استمرار تخلفها في باقي من أفراد طبقته، لا يجعل دعواه منقضية^(١). ذلك أن المدعى يمثل أفراد طبقة في مجموعهم، إذ هو من بينهم ولا يحيط بهم، فلا يكون إلا ممثلاً لهؤلاء الذين ينتمون إلى هذه الطبقة ذاتها، ولا رسوا مضارين من بقاء الشروط المطعون عليها لعدم استيفائهم لها، فلا يستمر نزاعهم مع هذه الشروط منتهياً، بل حياً وقائماً، لإغلاطها بالحقوق التي يطلبونها^(٢).

ثالثاً: أن إلغاء المشرع للنصوص القانونية المطعون عليها بعد تطبيقها في شأن المدعى، لا يجعل دعواه الدستورية منتهية لسبقها.

ذلك أن الأضرار التي رتبها هذه النصوص في حقه خلال فترة سريانها، لا يجوز إهمالها، بل يتعين إزالتها بكاملها. وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها، ولو كان الإجراء الذي نازع المدعى في الخصومة الدستورية في مطابقتها للمستور، عملاً صادراً عن الجهة الإدارية. ذلك أن توقفها عن المضي فيه اختياراً Voluntary cessation، لا يحول دون الفصل في دستوريته، ما لم يتم الدليل على انقضاء كل توقع معقول Reasonable expectation لتكراره^(٣). فإذا كان احتمال

(١) Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 399 (1975).

(٢) تسمى الدعوى في هذه الحالة بدعوى الطبقة Class action فهو أن المشرع تطلب من النائب أن يكون مقبلاً في دائرته الانتقائية مدة سنة على الأقل مثلاً. وكان المدعى حين أقام دعواه الدستورية طعناً في هذا الشرط لم يستوف مدة الإقامة، ثم استوفها بعد رفعها، فإن دعواه لا تصبح منقضية. ذلك أن غيره من أفراد هيئة الناخبين في هذه الدائرة لا زالوا غير مستوفين لشرط الإقامة، وعلى المدعى وهو يمثلهم ويشتري لقباً عنهم بوصفه واحداً منهم - أن يستمر في دعواه، فلا يقضي بحكم قبولها.

Board of School commissioners v. Jacobs, 420 U.S. 128, 130 (1975).

(٣) United States Comm v. Geraghty, 445 U.S. 388 (1980).

عودتها إلى الإجراء أو القول بمخالفته للدستور بعد توقفها اختياراً عن المضي فيه، لازال قائماً، فإن الخصومة الدستورية التي تنازع في دستورية هذا الإجراء، لا تنقضى^(١).

رابعاً: أن الخصومة الدستورية في المسائل الجنائية، لا تعتبر عقوبة ولو كان المدعى فيها قد نفذ الحكم الذي دافنه بالعقوبة الجنائية، كلما قام الدليل على أن لهذه العقوبة آثاراً جانبية تلازمها ونقارنها Collateral consequence، إذ تنظر للمدعى مصلحة محققة في إنهاء هذه الآثار التي يندرج تحتها حرمانه من مباشرة الحقوق السياسية أو من تقلد الوظائف العامة أو أن يكون مخالفاً، أو النظر إلى الجريمة التي دين بسببها كسابقة في دعوى جنائية لاحقة^(٢).

خامساً: أن الخصومة لا تعتبر منتهية، ولو أبطل المشرع النصوص القانونية المطعون عليها بنصوص جديدة تلح محلها، كلما كان زوال النصوص القديمة مع الآثار التي رتبها وألغىها بأثر مباشر. ذلك أن الأصل هو سريان القاعدة القانونية اعتباراً من وقت نفاذها وحتى إلغائها. فإذا أُلح المشرع محلها قاعدة جديدة، تحين تطبيقها اعتباراً من التاريخ المحدد لمريادها، وإعمال القاعدة القديمة من وقت إلغائها. فلا تتدخل القاعدتان الجديدة والقديمة في زمن تطبيقهما، ذلك أن لكل منهما مجالاً زمنياً لمريادها، فلا تتدثر الأضرار التي ألحقها النصوص القديمة بالمدعى في الخصومة الدستورية، خلال زمن العمل بها^(٣).

٤١٢- وسواء تعلق الأمر بانقضاء الخصومة للدستورية لزوال موضوعها، أو باستثناءاتها التي تقيد من إطلاقها، فإن الضرورة العملية هي التي توجهها، فلا تمل جهة الرقابة القضائية على

(١) United States V.W.T. Grant co., 345 U.S. 629 (1953); City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95, 100-01 (1983).

فلو كانت الشرطة تطع مثل الأشخاص الذين يتظاهرون أو يقبض عليهم، فإن توقفها عن ممارستها هذه، لا يحول دون الفصل في دستوريته.

(٢) County of Los Angeles v. Davis 440 U.S. 625 (1979). Sibron v. New York, 392 U.S. 40,55 (1968); Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 790-791 (1969).

(٣) القضية رقم ١٨ لسنة ٨ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٢/٣ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٢٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا وكذلك القضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق "دستورية" -جلسة ١٩٨٣/١/١١- ص ١٣٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها.

ال دستورية إلى تنفيذ قاعدة انقضاء الخصومة الدستورية إذا كان هذا التنفيذ أن يكون مفيداً في توقي المنزعة من جديد في شأن الحقوق عينها المثارة في هذه الخصومة.

كذلك فإنه كلما لاقى إكثار حق المدعى في الخصومة الدستورية، بمخاطر باهظة يتحملها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تحكم بانقضائها.

سابعاً: كذلك يفترض شرط بقاء الخصومة الدستورية حية وقت الفصل فيها، ألا تنتظر جهة الرقابة على الدستورية في خصومة لا شأن لها بالحقوق المدعى فيها.

المبحث الرابع
الخصومة الفرضية أو المجردة
Hypothetical case

٤١٣- لا يتحقق معنى الخصومة إلا إذا كان جوهرها نزاع محدد ومجسم *Definite and concrete* شأن هذا النزاع شأن الخصومة التي يختلف أطرافها، ويتوقفون على تدبيرها لإعطائها صورة لا تدل على حقيقتها.

ذلك أن الخصومة في هذه الصور لا تعد خصومة حقيقية، ولو كان موضوعها يؤثر مسائل بالغة الأهمية، أو كان لها من تماسكها وصلابتها ما يؤهل لبحثها وإصدار حكم فيها، أو من عمقها ما يفرضها بقوة على الأوضاع القائمة في بلد ما.

يؤيد ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يعطيهم الفصل في خصومة دستورية لأغراض تتعلق بالتفاصيل لأغراض أكاديمية يقتضيها النظر في العلوم وتعمق أغوارها، وليس من وظيفتهم كذلك إصدار أحكام لا تزيد قيمتها عن مجرد إعلان^(١) حكم الدستور في الهواء *A mere declaration in the air*. وهم لا ينصلون كذلك في طعن تتعلق بنصوص قانونية لم تلحق بالمدعين في الخصومة الدستورية - بصفاتهم الشخصية - لية مضار والعيبة، ولا في نصوص قانونية أن ثقل بأية حقوق يملكونها^(٢).

ولا يجوز بالتالي النظر في لية خصومة دستورية لا يجاوز هدفها مجرد تقرير حقائق علمية لا تثير غير اهتمام للباحثين في علم القانون، ولا في خصومة دستورية لم تلحق بالحقوق الشخصية للمدعين فيها أضرارا فعلية، سواء في ذلك ما يكون منها داهما أو وشيكا، قائما أو مظلونا على خطر الوجود، محدقا أو راجعا، آتيا أو مستقبلا. ذلك أن ولاية قضاء الشرعية الدستورية تنحصر في الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها خصومة حقيقية لا تتوافق فيها مصالح أطرافها، وإنما تنقسم ببحثها وبتضادها وتغالفها إلى حد الصدام بينها، بما يجعل أطرافها غراما يتبادلون فيما قصده منها، ولا يتوقفون في أهدافهم بشأنها.

(١) *Giles v. Harris*. 189 U.S. 475, 486 (1903).

(٢) *Muskrat v. United States* 219 U.S. 346 (1911).

ولا تعتبر خصومة حقيقية، تلك التي يطرحها أفراد بقصد إنهاء شكوكهم حول دستورية بعض القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية A certain class of legislation إذا لم يكن لهذه القوانين من شأن بحقوق شخصية يدعونها، ويأجرون خصومهم في سعيهم لطلبها وتوكيدها.

٤١٤- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا

>خففنا شرط المصلحة الشخصية المباشرة، أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وإيس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة.

وهو كذلك بقيد تدخلها في تلك الخصومة، ويرسم تخوم ولايتها. فلا تمتد لفسير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالتكر اللازم للفصل فيه. بما مودة ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر قد وقع فعلاً أم كان وشيكاً يتهدد. ويتبين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائداً في مصدره إلى النص المطعون عليه.

فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على أن من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد لاد من مزايده، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء مصلحته الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، أن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها.

ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يحجر المتدعون من خلالها عن آرائهم في الشؤون التي تعينهم بوجه عام، ولا أن تكون نافذة يعرضون منها أولاداً من التصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. وإنما يتأثر المحكمة الدستورية العليا ولايتها -حتى كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وأموالهم- بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إصالتها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عليها

تراخيا. ولا تتقدم بممارستها حدودا تقع في دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذا أخيرا ونهائيا، وأن تكور وجودا وعدما مع تلك الأضرار التي تستلزم عناصرها، ويكون ممكنا إدراكها، لتكون لها ذاتيتها. ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهما أو ملتحلا أو مجردا in abstracto أو يقوم على الافتراض أو التخمين Conjectural.

ولازم ذلك، أن يقوم للدليل جليا على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، والا يؤمن المدعى بدعواه الدستورية -ركاصل عام- حقوق الآخرين ومصالحهم بل ليكفل أصلا إفلا تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه In Concreto^(١).

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الخامس
الخصومة التي لم يكتمل نضجها
Unripe cases

٤١٥- وكما أن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة يبين من يجوز أن يقسم الخصومة الدستورية Who may bring the case فإن شرط رفعها في أوانها يحدد كذلك وقت طرحها على جهة الرقابة القضائية When case may be brought. ولا يجوز بالتالي لأية خصومة أن تستتبّق لو أن الفصل فيها. وكما أن الجهة القضائية لا يجوز أن تقدم مشورتها لأحد في شأن المسائل التي تطرح عليها لأخذ رأيها فيها على أساس أن ولايتها تنحصر في الفصل في كل خصومة قضائية توافرت شروط اتصالها بها وفقاً لقانونها، لتصدر فيها حكماً لا ينتقض، فإن منعها من الفصل في مسائل لم يكتمل نضجها Premature Questions، مردد أن مثل هذه الخصومة أن يكون لها من أثر على حق أو التزام لرافعها.

ويتعين بالتالي -وكشرط مبدئي للفصل في الخصومة الدستورية- أن تستكمل هذه الخصومة عناصر النزاع المثار فيها، ليندل اجتماع هذه العناصر على أن هذا النزاع ليس متروكاً ولا منتهلاً، وإنما يمثل خصومة محكمة بين أطرافها، فلا يكون توقفت عرض الخصومة على الجهة القضائية غير تحديد لما إذا كان الفصل فيها موافقاً^(١) The Fitness of the Issues for Judicial Determination. أو أن نضجها لم يتهيأ بعد. شأن الخصومة القضائية في ذلك شأن لشار التي لا يكلها أحد قبل أن يحين نضجها^(٢)

Litigation is like fruit which must not be picked until it has ripened.

ومن ثم لا تتحدد الصورة الكاملة لعناصر النزاع في الخصومة القضائية إلا على ضوء زمن رفعها، سواء كان مرور الزمن ضرورياً لتحديد اكتمال عناصر النزاع أو تغلفها، أو لتحديد حدة التقادم التي بلغتها.

ويتعين على ضوء هذه المفاهيم أن نقرر أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها هي التي تطرح عدولاً حكومياً فعلياً على حق أو حرية كفلها الدستور إذا كان للمدعى قد

(١) يقصد بالخصومة القضائية تلك الادعاءات التي يطرحها الملقضون أمام المحكمة للفصل فيها وفق الإجراءات التي يبينها القانون أو المتعارف عليها من أجل إنقاذ الحقوق المدعى بها أو لرد العدوان عليها.

In re Pacific Railway Comm., 32 Fed. 241 (C.C. Cal. 1883)

(٢) Public Serv. Comm., n v. Wycoff Co., 344 U.S 237 (1952).

أضير من جراء هذا العنوان، فإذا قام موضوع الخصومة الدستورية على احتمال وقوع هذا العنوان، فإن القول به يكون فرضاً جدلياً قد لا يتحقق على الإطلاق A hypothetical operation of a government act, that has not yet had actual impact on private rights and obligations ولأن جهة الرقابة القضائية لا تفصل في المسائل الدستورية ما لم يكن ذلك ضرورياً لأبعد حد، فإن عليها ألا تفصل في خصومة لم يكن لو أن رفعها سواء لتعلقها بمسائل مجردة أو غير محددة بصورة كلية، أو بأحداث مستقبلية قد لا تتحقق بالصورة المتوقعة لها، أو قد لا تتحقق على الإطلاق.

ويتعين بالتالي التركيز على طبيعة المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية للنظر في مسألة الفصل فيها. فما يكون منها بعيد الاحتمال Too remote، أو قائماً على محض الصنفة Too contingent، أو على فروض جدلية يعرضها أصحابها في صورة مجردة Too hypothetical for adjudication مؤداه أن الخصومة التي تطرحها تستيق لو أن الفصل فيها. ويتعين دوماً أن ننظر في اكتمال بديان الخصومة، إلى كافة ملامحها، وليس إلى بعضها دون بعض.

فقد يتطرق الطعن بحد من النصوص القانونية يكون الفصل في بعضها فقط موافقاً. وعندئذ تقتصر الخصومة عليها. فما أضّر من هذه النصوص بحق أو بمصلحة للطاعن بجوز الفصل فيه. وما كان من هذه النصوص غير مؤثر في هذا الحق أو تلك المصلحة، فإن الفصل في دستوريته يكون محظوراً^(١).

وتتخذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية بشرط لو أن الخصومة حتى في مجال انتقائها لنوع الترضية القضائية التي توفرها أرقامها. فلو أن أشخاصاً كان قد قبض عليهم ثم أطلق سراحهم، فإن للخصومة التي يرفعونها لتوقي احتمال القبض عليهم من جديد، تكون قبل أوانها، ولا يجوز قبولها لتعلقها بتصور مستقبلي يقوم على التخيل^(٢) Speculative future harm.

كذلك فإن النصوص القانونية التي يتحدد على ضوئها ما إذا كان شخص معين يستحق معاملة عتقاً، لا يجوز الطعن بمخالفتها للدستور قبل بدء تطبيقها في حقه. وكذلك الأمر في شأن كل ضرر يكون تصورياً Speculative.

(١) Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd., 367 U.S. 1, (1961).

(٢) O' Shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

ولو أُدين شخص بأكثر من عقوبة عن جريمة ماء، وكانت إحداها تتلخص الدستور، فإن الطعن عليها يكون مقبولا، ولو كان المحكوم عليه مودعا في أحد المسجون لتفويض العقوبة التي لا نزاع في دستورتها.

ويتعين بالتالي القول باستواء الخصومة الدستورية على قدميها، ورفعها بالتالي في أولها، أن تكل النصوص للمطعون عليها -بأثرها- على تكفلها فعلا في شأن يخصص رافعها Actual Interference.

فإن لم يكن من شأن النصوص المطعون عليها تحقيق هذا الأثر، فإن الحكم الصادر فيها لن يتعلق بغير مسائل مجردة في طبيعتها، ولن يتصل بالتالي بحقوق يطلبها أفرادها كأثر مباشر لإخلال النصوص المطعون عليها بها.

يؤيد هذا النظر أن قضاء للشرعية الدستورية لا يبشرون وظيفتهم القضائية، إلا من خلال خصومة قضائية تحدد موضوعها بصورة جلية لا غطاء فيها، وتتغيا رد عنوان على حق أو حرية ظاهرة لأجاده، فلا يكون الإخلال بالحق أو بالحرية تصورا نظريا أو توقعا فرضيا، بل تغلغا قائما في هذا الحق أو تلك الحرية بما يخل بصورة فعلية بمصالح أصحابها.

ودون ذلك لا تبلور الخصومة بين أطرافها ما شجر بينهم من نزاع حقيقي، وإنما تكون واقعاتها غير متطورة بدرجة كافية في مواجهة أطرافها، ونطاق المسائل التي تطرحها ليشوبها التجهيل بالنظر إلى قصور مكوناتها، أو تغيلها أو توقعا في صورة مجردة، فلا يكون ميلاد الخصومة مكتملا بها Not fully born.

ويظل الأصل في كل خصومة قضائية أن يكون لها من نضجها ما يؤهل للفصل فيها. ذلك أن كل خصومة تقترض الجزم بواقعاتها، وينطاق المسائل التي تطرحها للفصل فيها، وتعلقها بالضرورة بعنوان قائم على أحد الحقوق التي يكفلها الدستور.

فإذا لم يكن ثمة إخلال بها، وإنما كان التدخل في شئون رافعها بالعمل أو الإجراء المطعون عليه، تصورا يقوم على التخيل، أو يتوخى مواجهة مجرد إحباط أو توهم أو ارتعاش من طبيعة شخصية Subjective Chill فإن الفصل في دستورية هذا العمل أو الإجراء لا يكون مقبولا، ولا

دالا على مخاطر فعلية تضر بالحق المدعى به كأثر للتدخل بالعمل أو بالإجراء في نطاقه ولو اقتصر المدعى على أن يطلب من قضاة التشريعية الدستورية أن يصيدوا حكما تقريرا A declaratory judgment في شأن الحقوق المتنازع عليها بفتحها لأحد الخصمين دون الآخر. ذلك أن الأحكام التقريرية، وإن جاز تشبيهها بالأراء الاستشارية من جهة عدم جواز تنفيذها جبرا، إلا أن هذه الأحكام تفارق تلك الآراء في تعلقها بخصومة فعلية تتناقض من خلالها مصالح أطرافها، لتحسم الحقوق المتنازع فيما بينهم^(١)، ولا يتصور بالتالي أن تصدر تلك الأحكام في خصومة فرضية لا شأن لها بنزاع استحكم بين أطرافها.

وفي مجال الفصل فيما إذا كانت الخصومة الدستورية قائمة على عناصر مكتملة، أم أن أركان الفصل فيها لم يحن بعد، وتحين للتمييز بين نصوص قانونية نافذة بذاتها Self- executing Provisions، وبين نصوص قانونية لا تفل بحق المخاطبين بها قبل تطبيقها في حقهم.

ذلك أن النصوص القانونية النافذة بذاتها، هي التي يكون مجرد سريانها كافلا لإجراء آثار تناقض مصالح المخاطبين بها Adverse effect ولو لم يجر تطبيقها في حقهم. وهو ما يتحقق في النصوص التي تأمر المخاطبين بها بأداء أفعال تعيدها أو الامتناع عن أفعال تتهاجم عن القيام بها، وإلا حق عليهم للجزاء المقرر بها عن مخالفة أوامرها ونواهيها. ذلك أن مجرد إقرار المشرع لهذا النوع من النصوص يرتد سلبا على حقوق المخاطبين والالتزاماتهم من خلال المخاطر الدائمة التي تصيبهم إذا لم يمتثلوا لها. فالنصوص الجزائية تؤثم الأفعال أو صور الامتناع التي حدثتها. والمخالفون لها يعاقبون جزائيا عن كل فعل أو امتناع لا يتقيد بحكمها. ومثل هذه النصوص يجوز الطعن عليها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيقها في حق أحد من المخاطبين بها. ذلك أن مجرد وجود هذه النصوص وشغوصها في مواجهتهم يلحق بهم أضرار المخاطر التي تنال من حقوقهم وحررياتهم. ولا يتصور بالتالي أن يترتب هؤلاء توجيه اتهام إليهم بالفروج عليها، وإارتكابهم بالتالي لجريمة منصوص عليها من الإقدام عليها، حتى تقبل الخصومة الدستورية التي يجهنون بها دستورية هذه النصوص^(٢).

(١) Norman Redlich- Bernard Schwartz and John Attanasio; "Understanding Constitutional Law, 1995, p. 23 .

(٢) Euclid v. Ambler Realty Co. 272 U.S. 365 (1926); Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925).

وحتى النصوص الجنائية التي لم يجر تطبيقها في حق المخطئين بها لمدد استغلال زمنها
Desuetude، يجوز الطعن عليها بمخالفتها للدستور^(١)

كذلك فإن القيود التي يفرضها المشرع على الملكية، والتي تحمل أصحابها أعباء اقتصادية
باهظة تكلفتها، يجوز الاستباق إلى دفعها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيق هذه
القيود في شأن رافعتها^(٢).

وإذا صدر قانون يفرض عقوبة جنائية على أولياء أمور الطلبة الذين لا يلتحقون بأبنائهم
بالتعليم العام، فإن من شأن سريان هذا القانون، أن ينطق التعليم الخاص أمام الأبناء، وأن تغلق
معاهد هذا التعليم أبوابها في وجههم، فلا يلجأ أحد منهم^(٣).

ومن ثم يكون مجرد صدور هذا القانون منطوقاً على مخاطرة لا يستهان بها يتهدد بسببها
القائمون على شئون التعليم الخاص. وهي مخاطرة لا يدفعونها إلا من خلال الخصومة الدستورية
يرفعونها لإنهاء وجود ذلك القانون، خاصة وأنهم يظنون مهدين بالعقوبة التي يفرضها، ولو لم
يصدر في شأنهم اتهام جنائي. ولا يجوز القول بالتالي بأن صدور هذا الاتهام يعتبر شرطاً مبدئياً
لقبول الخصومة الدستورية التي يسعى من خلالها إلى إبطال النصوص القانونية التي ألزمهم
بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام، إذ لو جاز ذلك، لكان عليهم تربية الدعوى الجنائية وترقيتها، حتى
إذا داهمتهم، طرحوا مداخلهم على هذه النصوص أثناء نظر الدعوى الجنائية -وكيفما كان-
وهو ما لا يتصور تكليفهم به.

ذلك أن تحوطهم لحقوقهم التي كفلها الدستور، بتقديم ترقبهم الإخلال بها. ويتعين بالتالي على
جهة الرقابة على الدستورية أن تتعامل مع نصوص القانون المشار إليه باعتبارها نافذة من وقت
صدورها، ولو لم يصدر اتهام جنائي في شأن الذين تضمنهم هذه النصوص^(٤).

(١) Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

(٢) Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926).

(٣) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٤) Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908) ; Backard v. Banton, 264 U.S. 140 (1924); Poe
v. Ullman, 367 U.S. 497, 528 (1961).

وعليها بالتالي أن تنتظر إلى الخصومة الدستورية في الصور التي أسلفنا بيانها - بافتراض نضجها وتكامل عناصرها. ذلك أن من غير العدل ومما يجافي المنطق كذلك، حمل الأشخاص الذين أثار قانون ما في حقوقهم والتراتباتهم، على مخالفة هذا القانون، ولاتعرض العقوبة التي فرضها، كشرط للجوئهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، للحصول منها على حكم ببطلان هذا القانون.

إذ لو قيل بذلك، لصار شرط قبول الطعن بعدم دستورية قانون قضى بعزل المعلمين الذين يناهضون الدولة بأعمالهم، هو ارتكابهم الأعمال التي حظرها، ولكن عليهم الخيار بين الخضوع لأحكامه، أو تحمل الجزاء على مخالفتها. بما يوقعهم في حرج لا يرد عنهم إلا بالخصومة الدستورية التي يرفعونها بمجرد صدور هذا القانون^(١).

٤١٦- وتظل الخصومة الدستورية متوافرة عناصر نضجها التي تتكامل بها سيوية على قدميها، ولو كان موضوعها الفصل في دستورية قانون يحظر على المدرسين بالعقوبة التي فرضها - تكريس مادة بذاتها، ولو كان هذا القانون قد ظل مهملًا مدة طال زمنها، وكان ثابتًا كذلك أن اتهامًا لم يوجه إلى المخاطبين بهذا القانون. ذلك أن القوانين الجنائية تشرع سبغها في وجه المخالفين لها كلما قرر المدعى العام تطبيقها من خلال اتهام جنائي يوجهه إلى المعصاة. فلا يفصل بين حرياتهم من جهة وتقييدها من جهة ثانية، غير نزوة المدعى العام التي لا يجوز معها

(١) ولاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية كان لها قضاء مختلف، فقد عرضت عليها قضية كيران موضوعها أن قانونًا صدر في شأن موظفي الدولة يمنعهم من الانخراط في الأعمال أو الصلوات السياسية تحت طائلة الجزاء الجنائي. وقد أعا الخاطبون بهذا القانون، عن عزيمهم على القيام بالأعمال التي يحظر المشرع عليهم ارتكابها، إلا أنهم لم ينصحو عن طيبة الأعمال التي يلبون لقيام بها، أو لنوع الآراء التي يريجون إعلانها لدعم موقفهم، ووسائلهم إلى تنفيذ أغراضهم، بالرغم من أن الخصومة الدستورية التي رفعوها، كان هدفها أن تصدر المحكمة أمراً An injunction يمنع الجهة المختصة بتنفيذ هذا القانون، من فرضه عليهم. وقد انتهت المحكمة العليا إلى أن الأوراق لا تكل على أن المدعين في الخصومة الدستورية قد أغلوا بذلك القانون، وأن دعواهم بالتالي لا تزيد عن طلبهم آراء استشارية منها في مسائل من طبيعة مجردة، فلا تتوالى الضرورة التي تقتضيها الفصل في المسائل الدستورية المثارة.

United Public workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947); Alder v. Board of Education, 342 U.S. 484 (1952)

للقول بأن القوانين الجنائية التي لم يجر تطبيقها، لا تمثل غير مخاطر يترجمها الخاضعون لأحكامها.

ومن الفقهاء من يقرر بأن النصوص النافذة بذاتها، لا تنحصر في النصوص الجنائية. وإنما تتوافر هذه الصفة كذلك في غير هذه النصوص إذا كان من شأنها التأثير مباشرة في حقوق الأفراد وحررياتهم الخاصة Immediate consequences upon private rights and obligations. بما يترتب عليها، مدنيا كان هذا القانون أم جنائيا^(١).

١٧-٤ وقد تتحدد عناصر الخصومة الدستورية. فإذا كان نضجها مكتملا في أحد عناصرها أو بعضها دون غيرها، فإن هذه العناصر وحدها هي التي تحدد ملامح الخصومة الدستورية التي يجوز النظر في قبولها، إذا كان شرط وحدة موضوع الخصومة الدستورية لا يخلل نتيجة فصل العناصر التي اكتمل نضجها عن سواها من عناصر هذه الخصومة.

وقد تتعلق المسائل الدستورية التي تثيرها الخصومة الدستورية، بأكثر من نص قانوني. فإذا كان الطعن في إحداهما مقبولا بالنظر إلى اكتمال عناصر الخصومة القضائية بالنسبة إليه، فإن باقيها لا يعتبر كذلك تبعا أو بالضرورة. ذلك أن الأصل في الترضية القضائية، هو تعلقها بأضرار قام الدليل عليها، ولا محل بالتالي لتقرير ترضية قضائية قبل أونها، كذلك التي تتوخى مواجهة أضرار مستقبلية تخيلية^(٢) Prevention of speculative future harm.

وقد لا تكتمل الخصومة الدستورية ملامحها إلا بتحقيق واقعة معينة تعطيها حيويتها، وتنبأ بها ضوابط الفصل فيها.

فالذين يقولون بأن تدخل الحكومة في ملكيتهم آل إلى أخذها منهم دون تعويض، لا تقبل الخصومة الدستورية منهم، إلا بعد استفادهم لكل الطرق المقترحة أمامهم للحصول على هذا التعويض^(٣).

(١) Norman Redlich; Bernard Schwartz; John Attanasio, "Understanding Constitutional law", 1995, pp. 24-28

(٢) O' shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

(٣) Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).

ومع ذلك إذا كان أخذ ملكيتهم لغير مصلحة عامة، فإن الخصومة الدستورية تقبل منهم دون حاجة للخوض في استحقاق التعويض أو تحديد مقداره.

وقد يكون من المحقق حدوث الواقعة التي يرتبط بها الضرر المدعى به. ومع ذلك قد ترجى جهة الرقابة القضائية على الدستورية الفصل في الخصومة الدستورية حتى تستبين بصورة الفصل ملامح هذا الضرر في زمن لاحق^(١).

ويوجه عام، كلما كان الضرر قائما على مجرد احتمال قد يقع في المستقبل البعيد، *A mere possibility in remote future* فإن للطعن على النصوص القانونية المدعى تعلق هذا الضرر بها، يكون مستبقا أو أن الفصل فيها.

ذلك أن من غير الجائز الفصل في المسائل الدستورية قبل أن تتحقق الآثار السلبية للنصوص القانونية المطعون عليها، والتي يضار للطاعن بها. ومجرد تصور هذه الأضرار، أو حتى توقعها ليس كافيا، باعتبار أن سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية لا تجوز مباشرتها قبل وقوع تدخل فعلي يخل بالحقوق التي يدعيها أطرافها. فإذا لم يكن ثمة تدخل أصلا، أو كان القول بوجوده تحزريا، أو كانت الأضرار المدعى بأن التداخل قد رتبها، محددة تحديدا عاما بما يجعل بحقيقتها، وبمبناها إلى من يدعون أنها أصابتهم في مصالحهم، فإن الخصومة تكون منعقدة قبل أولها. ذلك أن الأضرار التي يدعونها تبلور صعوبة *Hardship* يطعمون في دفعها. فلا يكون بيان ماهيتها بما يزيل كل غموض حولها ويؤكد ذاتيتها، إلا ضرورة يقتضيها الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها.

كذلك فإن المسائل الدستورية التي يطرحها الطعن على هذه النصوص، ينبغي عرضها بما يجاوبها، ويكمل انساقها مع عناصر الخصومة الدستورية المحددة لموضوعها *Fitness of the Issues*.

يؤكد هذا النظر أن النصوص القانونية لا تتلقض الدستور في كل تطبيقاتها، وإنما يلحصر الطعن على جوابها التي أضير للطاعن منها. فلا يكون تصويبها إلا من خلال خصومة دستورية

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568 – 581 [1985].

لا تتحد وقائعها، ولا المصالح المثارة فيها، مع غيرها. وإنما يكون لوقائعها ذاتيتها، ولشروع المصالح المراد حمايتها بها خصائصها، فلا يكون بولائها وإيضاحها سمواً في طبيعتها أو أبعادها - خلفها.

على أن والعبء المضار التي تنتجها النصوص المطعون عليها، والتي لا تقوم الخصومة الدستورية في أوانها بدونها، لا يعني مثولها وحلولها بطاوعها جميعاً، وإنما يكفي أن تكون مخاطر حدوثها حقيقية.

وإذا تكونت المسائل الدستورية المثارة من خلال هذه الخصومة من طبيعة قانونية صرفه Purely Legal، فلا تطورها أو من عناصرها أية واقعة مادية مستقبلية^(١).

وإذا تكونت الطبيعة القانونية هي الغالبة في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية Predominantly Legal فلا يكون إرجاء الفصل فيها حتى تتطور عناصرها الواقعية، ضرورياً، ولو كان أكثر فائدة^(٢). ولأن كان الأصل في الخصومة الدستورية أن يرتبط نضجها بعامل الزمن، وكان تكامل ملامحها قد يتحقق في بدنها، إلا أن أهدأ لائحة قد تعمق النزاع المطروح فيها وتزیده حدة؛ وقد تكميه في بعض جوانبه، أو بصورة كاملة، فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية في زمن لاحق، إلا ضرورة يقتضيها أن تنهيا للخصومة الدستورية أسبابها التي تحتم الفصل فيها.

وينبغي أن يلاحظ أن إرجاء الفصل في الخصومة الدستورية، قد يعرض واقعها لمخاطر لها شأنها. ويقدر حدثها ومداهما، تقرر جهة الرقابة على الدستورية ضرورة الفصل فيها، أو الترخي في نظرها^(٣).

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568, 581 (1985).

(٢) Pacific Gas and Elec. Co. v. State Energy Resources Conservation and Development, 461 U.S. 190, 201 (1983).

ويلاحظ أن الفصل فيما إذا كانت المسائل المطروحة في الخصومة الدستورية من طبيعة قانونية صرفه أو تطلب عليها الطبيعة القانونية من المسائل الخلافية.

See Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A functional Analysis," 75 Yale law journal, 517, 531-33 (1966).

(٣) Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986).

وفي النظم الفيدرالية، تحرص المحكمة العليا الفيدرالية، على إيجاد نوع من التجانس في علاقاتها بمحاكم الولايات الأعضاء في الاتحاد. فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية مطعون عليها أمامها، قبل أن تقول محكمة الولاية كلمتها في شأن انقائها أو اختلافها مع الدستور. ذلك أن محكمة الولاية قد تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يوفقها مع الدستور، فلا تقوم ثمة حاجة من بعد لعرضها مرة ثانية على المحكمة العليا الفيدرالية، ما لم تكن مخالفتها للدستور ظاهرة من وجهها *On its Face*، بما يلزم المحكمة الفيدرالية العليا عندئذ بالفصل في دستورتها دون أن تتربص قضاء محكمة الولاية في شأنها^(١).

(١) *Zwicker v. Koota*, 389 U.S. 241. (1967).

المبحث السادس

انتفاء مفهوم الخصومة القضائية في مجال الآراء الاستشارية Advisory Opinions

٤١٨- لا تنفيا للخصومة القضائية غير الفصل في الحقوق موضوعها بقضاء قطعي يكون منهاها لها وعلى الأكل في بعض جوانبها.

فلا يدخل في مفهوم الخصومة القضائية، الدعوة التي توجهها السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، طلبا لرأيها في المسائل التي تعرضها إحداهما عليها، وذلك إما كان قدر أهمية السؤال المطروح عليها أو نوع المصالح التي يتصل بها.

ذلك أن مثل هذه الدعوة، لا تعدو أن تكون طلبا للتفيا في مسائل بذواتها. وقد يكون لهذه المسائل من تعقدها واتساعها وعموض جوانبها ما يدعو السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى التردد في اتخاذ قرار فيها حتى تعرضها على جهة قضائية محايدة، لها من وزنها وعق اجتهاداتها في المسائل التي تطرح عليها، ما يدعو إلى احترامها والقبول برأيها في المسائل التي تناولتها بإفتائها، وبمراعاة أن الآراء التي تبديها هذه الجهة القضائية المحايدة في المسائل التي تطرح عليها- لا تعتبر حكما صادرا في خصومة، بل محض آراء لا تتوغل لها قوة اليقين القضائي، ولا تنص إلا في مسائل مجردة بطبيعتها، ولا يفترض أن يتعلق موضوعها بأشخاص تتناحر مصالحهم أو تتفرق اتجاهاتهم.

ولا اختصاص لجهة الرقابة على الدستورية بإبداء هذه الآراء ذات الطبيعة الاستشارية. ذلك أن ولايتها تنحصر في الفصل في الخصومة القضائية التي تتصل بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها قانونا. ومن ثم يكون إبدؤها لهذه الآراء انحرافا منها عن حدود ولايتها^(١).

(١) انظر في ذلك الرسالة التي بعثها رئيس الجمهورية جورج واشنطن والتي طلب منها من رئيس المحكمة الدستورية العليا للولايات المتحدة Jay، تفسير معاهدات وقوانين الولايات المتحدة التي تتعلق بمسائل قانون الدولي الناشئ عن حروب الثورة الفرنسية. وقد رفض رئيس المحكمة إجابته إلى طلبه

Correspondence and public papers of John Jay, H. Johnston rd. (New York : 1893) 486-489).

ذلك أن الخصومة القضائية التي تخص بنظرها، لا تتحدد وقائعها، ولا نطاق الحقوق المتنازع عليها، بعمل منفرد من أحد أطرافها. وإنما تفصل الجهة القضائية في الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها والتي يطرحونها بصورة جادة تكل على تناقض مصالحهم بشأنها فلا تفصل الجهة القضائية في غير الخصومة Antagonistic claims actively presses^(١).

كذلك فإن مدى الوظيفة القضائية التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية، أن تفصل هذه الجهة علانية في المسائل التي تتناولها الخصومة القضائية، وفي ضوء من تكافؤ أطرافها في أسلحتهم، ومواجهتهم لبعض في دفاعهم وعرض أخطئهم؛ فلا يكون للفصل في الحقوق التي تتناولها الخصومة القضائية ولقعا وراء جدران أحكام إغلاق أبوابها، ولا من زاوية وجهة نظر منفردة تخص أحد أطرافها دون غيره.

ولا كذلك الآراء الاستشارية التي تبديها الجهة القضائية Extra Judicial Advice. ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية التي تطلبها، هي التي تملط الضوء على المسائل موضوعها وهي تعرضها بالطريقة التي تراها؛ وقد تعدد إلى إخفاء بعض عناصرها أو تحويرها حتى تصدر هذه الآراء بما يوافق وجهة النظر التي تدعيها، وبما ينفي حقيقتها في عرضها لأبعاد هذه المسائل التي تتلون بأهوائها، وتوجهها مصالحها. وهي بذلك لا تعطي لتلك المسائل حقيقة ثوبها؛ لكنها تشكل سماتها في الصورة التي تريدها لها. فلا تعبر الآراء التي تبديها جهة الرقابة على الدستورية في شأنها، عن صحيح حكم القانون. وإنما تكون آراء مظلومة في واقعاتها، وفي النصوص القانونية التي تحكمها. فضلا عن إيدائها لهذه الآراء بطريقة غير قضائية، وفي نطاق لا يتصل بأداء الوظيفة القضائية.

كذلك فإن استقلال جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن السلطين التشريعية والتنفيذية، يناهيه أن يكون القبول بالآراء التي تبديها هذه الجهة -حتى وإن جاز لها إيدؤها- معلقا على موافقة السلطة التي طلبتها. وتعتبر هذه الآراء كذلك تقريراً لحكم القانون في مسائل لم تطرح على

(١) *Alabama State Fed'm. of Labor v. McAdory*, 325 U.S. 450, 461 (1945); *United States v. Evans*, 213 U.S. 297, 300 (1909); *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346, 362 (1911).

الجهة القضائية بصورة قاطعة تحيط بكافة مكوناتها، ولا بالأوجه المختلفة لملاحها التي لا يكشفها غير تنازع المصالح وتطاحن من خلال الخصومة الدستورية^(١).

فضلا عن أن إرهاب جهة الرقابة على الدستورية بالأراء التي تبديها في غير خصومة، يزيد من أعبائها، وقد بصرفها عن مهامها الأصلية، وقد يشوه عملها ويظهره في صورة قائمة، خاصة وأن هذه الجهة لا تستخلص بنفسها عناصر المسائل التي يتعلق بها رأيها، وإنما تستغل السلطة التي عرضتها بتحديددها. فلا يكون اتصال جهة الرقابة على الدستورية بهذه العناصر موضوعيا، ولا إدراكها لها بصيرا بقلقلها. وإنما يتخذ النزاع الصورة التي رسمتها به السلطة التكنيقية أو التشريعية بما يجعل بيانها لأبعاده تحجيرا عن موقفها من هذا النزاع، وتصويرا لنزواتها التي لا شأن لها ببيان حكم القانون في المسائل التي تطرحها على جهة الرقابة على الدستورية لأخذ رأيها فيها.

وتعلق الخصومة القضائية بالحكم لا بالفتوى، يعد موقفا ثابتا لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في الأمم من الدول، ذلك أن الآراء الاستشارية التي تبديها هذه الجهة للسلطة التي طلبتها منها في غير خصومة، لا تبلور غير قراعتها الحرفية لنصوص الدستور بغض النظر عن زمن تطبيقها، فلا تبصر حقيقة الأوضاع المتغيرة والمتطورة التي يعايشها مجتمعها، ولا تزن بالقسط تصارع المصالح وتتافسها التي يتجاذبها أطرافها The Legitimacy of Balancing Competing Interests. ذلك أن الآراء الاستشارية لا تصدر في غير واقعاتها التي صورتها

(١) United States v. Freuhauf. 365 U.S. 146 (1961).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية

Such opinions, Such advance expressions of legal judgment upon issues which remain unfocused because they are not pressed before the Court with that clear concreteness provided when a question emerges precisely framed and necessary for decision from a clash of adversary argument exploring every aspect of a multi-faced situation embracing and demanding interests.

وشكلتها السلطة التي طلبتها^(١) فلا يصحها أحد في وصفها لها، ولا يطرح من الأدلة ما يناقضها.

ويبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها، ويطرحونها بصورة جادة تكل على تناقض مصالحهم *Antagonistic claims actively presses* هي التي يتم الفصل فيها من خلال حكم قضائي. ولا يعتبر اتفاق أطرافها فيما بينهم حول حكم القانون بشأنها، منشأ لخصومة ودية، ولا طلباً لأراء استشارية تستر وراء الخصومة للقضائية^(٢).

ومن ثم يكون شرط الخصومة حائلاً دون أن تقدم الجهة القضائية إجابات عن أسئلة توجه إليها، ولو كانت من طبيعة دستورية. وليس للجهة القضائية بالتالي أن توجه نصيحة للحكومة فيما ينبغي عليها أن تفعل أو لا تفعل، وذلك إما كان قدر السؤال المطروح عنها، أو نوع المصالح التي يتعلق بها^(٣).

(١) كان الرئيس الأمريكي واشنطن قد طلب من رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تنقذه في شأن حكم القانون الدولي العام في بعض المسائل المتعلقة بمركز الولايات المتحدة كدولة محايدة في الحرب الأوربية لعام ١٧٩٣، إلا أن رئيس المحكمة *Jay* رفض ذلك بإصرار، فلما رأى المشورة التي تبديها المحكمة في هذه المسائل تخرج عن اختصاصها. وقد نشر هذا الرد في خطاب وجهه *Jay* إلى رئيس الجمهورية. انظر نص الرد في:

Schwartz, A Basic History of the U.S. Supreme Court 89 (1948).

(٢) *Ins. v Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

(٣) *Chicago 2 Southern Air Lines v. Waterman Steamship Corp.* 333 U.S. 103 (1948).

المبحث السابع

امتناع الفصل في خصومة لم تشكل بياناتها

٤١٩- توجب المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن يتضمن قرار إحالة المسائل الدستورية إليها، أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، ونص الدستور المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة.

وهذا النص مؤداه، أن الدعوى الدستورية -سواء حركها قرار صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، تحيل به مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التي بان لها من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور، أم كان الطريق إلى رفعها، تصريح بإقامتها صادر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بعد دفع إبداء خصم أصلها بعدم دستورية نصصوص قانونية يلزم تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وفدرت هي جديته - فلن كلا من القرار الذي يحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، وكذلك صحيفة الدعوى التي يرفعها خصم إليها، يجب أن يتضمن بيانا بالنصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى بمخالفته، ومواطن التعارض بينها. ذلك أن الخصومة الدستورية هي الطريق إلى إرساء الشريعة الدستورية التي تنوحي أصلا صون حقوق المواطنين وضمان حرياتهم، ويتمين بالتالي ضمان جديتها.

ومن ثم تفترض هذه الخصومة أن يكون موضوعها محددا تحديدا جليا، وأن يكون لأطرافها -هما فهم الحكومة المعتمدة بقوة القانون طرفا ذا شأن فيها^(١) - حق الدفاع عن مصالحهم وإبداء وجهة نظرهم في شأن النصوص القانونية المطعون عليها.

وإبداء دفاع في دائرة من الفراغ، هو ما يقع بالضرورة إذا أغفل المدعى في الخصومة الدستورية بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى بمخالفته.

إن بغير هذا البيان، لا تنهياً للخصوم في الدعوى الدستورية، مكنة لإبداء دفاعهم في المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وحتى تقوم هيئة

(١) ورد هذا الحكم بالفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون المحكمة.

مفوضيها -بعد انقضاء هذه المواعيد- بتحضير المسائل الدستورية المطروحة عليها، ثم إيداع تقريرها فيها مشتملا على جوابها الواقعية ورأيها في أبعادها القانونية والدستورية^(١).

٤٢٠- وينبغي أن نلاحظ في هذا الشأن:

أولا: أن موضوع الخصومة الدستورية، وأن تطلب لتحديد بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ونقاط التعارض بينهما؛ إلا أن هذا البيان يعتبر مستوفيا لأغراضه، ولو تحقق بطريق غير مباشر.

ذلك أن لكل خصومة قضائية وقائعها التي تتحدد صورتها الإجمالية وحقيقة مقاصدها على ضوء اتصال أجزائها ببعض وتربطها في سياق يجمعها. ومنها تستخلص المحكمة الدستورية العليا -على ضوء نظرتها الموضوعية لبيان الخصومة الدستورية ومراميتها- أبعاد المسائل الدستورية المثارة فيها.

ومن ثم لا يشترط لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا -على ما جرى به فضاءها- أن تتحدد المسائل الدستورية التي تطرح عليها في مضمونها ونطاقها تفصيلا. بل يكفي أن يكون تعيينها ممكنا. ويقع ذلك كلما كان بيان عناصرها -ومن خلال تربطها المنطقي واتصال أجزائها- دالا عن حقيقتها^(٢).

ثانيا: أن الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، يفترض تقييمها وفق أحكام الدستور جميعها. وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، غير مقيدة فسي ذلك بمواطن التعارض التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية فيما بين النصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

(١) تبص المادة ٣٧ من قانون المحكمة على ما يأتي: <<كل من تلقى إعلانا بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات، ولخصه الرد على تلك بمذكرة ومستندات خلال خمسة عشر يوما التالية لانتهاء الموعد المبين في الفقرة السابقة. وإذا استعمل الخصم حقه في الرد، كان للأول التعقيب بمذكرة خلال خمسة عشر يوما التالية.

(٢) انظر في ذلك الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٤٢ جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦، ص ٦٨٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومرد ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور - على ما جرى به عهدها - تقتضيها أن تقرر إما صحتها أو بطلانها. وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يوجبها دستوريا، أو إلى قيام ما أخذ عليها لمخالفتها الدستور، فإنها لا تقنع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي حددتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي. ولكنها تجبل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها، لتجدد على ضوءها توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها.

وهو ما يعني أن تحديد الخصم أو المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي للمخالفة الدستورية المدعى بها، لا يتجلى إلا تأكيد جنبة المطاع الدستورية من خلال ربطها بما يظاهرها من نواحي العوار في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور.

ولا يتصور بالتالي أن تكون المخالفة التي عيبتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، أو التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية، مؤشرا وحيدا أو فاعلا في شأن نطاق التعارض بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور التي تنقذ بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها، فلا تنزل نفسها عن وحدتها العضوية وتكامل بياناتها^(١).

ثالثا: أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي إذ تحل مسائل دستورية بذواتها إلى المحكمة الدستورية العليا، فإن قرارها في ذلك يذني أن يكون جازما، مبنيا عن اتجاهها إلى إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي حتى تكبين حكم الدستور في شأن النصوص القانونية التي أعالقتها إلى المحكمة الدستورية العليا على ضوء ما قام لديها من شبهة مخالفتها للدستور.

رابعا: أن تجهيل الخصومة الدستورية بنصوص الدستور المدعى مخالفتها، لا يفيد بالضرورة خلوها من بياناتها التي تطلبها لقانون.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تثيرها، قد تكل بطريق غير مباشر على هذه النصوص، وتعين موقعها.

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٤٣ - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - من ٦٨٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

فالذين يقولون بمناقضة النصوص القانونية لمطعون عليها، لقواعد الشريعة الإسلامية المقطوع بمصدرها ودلائلها، يحلون بالضرورة لنص المادة الثانية من الدستور، وإن أغفلوا الإشارة إليها.

والذين يذاعون في دستورية ضريبة فرضها المشرع، يحلون ضمنا إلى قواعد الدستور التي تضبطها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالعدالة الاجتماعية كأساس لنظامها وفقا لنص المادة ٣٨ من الدستور.

والذين يطلبون حقهم في الأجر العادل، يركنون بالضرورة إلى نصوص الدستور التي تنظم حق العمل باعتبار أن الحق في الأجر عن عمل معين، إنما يتولد عن أداء هذا العمل.

والذين يناهضون التمييز غير المبرر فيما بين المواطنين المتماثلة مراكزهم للقانونية، يستهضون بحكم الاقتضاء الحلي مبدأ تساويهم أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور.

والذين يقولون ببطلان تكوين السلطة التشريعية لعدم حصول العمال والفلاحين على ٥٠% من مقاعدها على الأقل، يقيمون دعواهم بالضرورة - على مخالفة تشكيلها لنص المادة ٨٦ من الدستور.

خامسا: أن الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لخطوها من بياناتها المنصوص عليها في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يتعين أن ينحصر في الأحوال التي لا يستطاع فيها عقلا تحديد موضوعها بما لا تجهيل فيه. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن الإغراق في الشكليات كثيرا ما يتخذ ذريعة للتخلص من الخصومة الدستورية التي تعتبر أكثر وسائل الحماية القانونية لمعالية في مجال تأمين حصول الأفراد على حقوقهم وضمان حرياتهم التي كفلها الدستور.

ثانيهما: أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون صحيحا، ولو نص القانون على البطلان جزاء تخلفه، إذا قام الدليل من الأوراق على تحقق الغاية المقصودة من هذا العمل^(١).

بما مؤداه ضرورة النظر إلى الدعوى الدستورية باعتبارها مستوفية لبياناتها التي حددتها المادة ٣٠ من قانون المحكمة للدستورية العليا، كلما كان تحطيل عناصرها الواقعية والقانونية، واستقراغ كل جهد في مجال تقييمها، كافلا البصر بحقيقتها، وتولية مقاصدها بما يحقق الأغراض التي توختها المادة ٣٠ المشار إليها.

(١) أنظر في ذلك المادة ٢٠ من قانون المرافعات التي تنص على أن يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شبه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

المبحث الثامن

امتناع النظر في خصومة دستورية لم تتصل بالجهة القضائية التي تتصل فيها وفقاً

للأوضاع المنصوص عليها في قانونها

٤٢١- تعتبر المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ١٧٤ من الدستور، هيئة قضائية قائمة بذاتها في جمهورية في جمهورية مصر العربية. وهي بوصفها هذا لا تتصل في غير خصومة تتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها.

وتعلق اختصاصها بالخصومة القضائية دون غيرها، مرده أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها هذه الخصومة عليها، مقيدة بضوابطها، وبمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يحول دون تدخلها فيما تفردان به من الشؤون التي عهد الدستور إليهما بنصرهما.

وهذه الخصومة التي يتحدد موضوعها بالمسائل الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها، لا يجوز رفعها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، بعد أن حصر هذا القانون طرق لتصلها بها في أحوال معينة حددتها المادتان ٢٧ و٢٩ من القانون، وبيانها كالآتي:

أولاً: أن تحيل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من تلقاء نفسها، ما يتصل بالنزاع المطروح عليها من النصوص اللازمة للفصل فيه والتي تقدر من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور - إلى المحكمة الدستورية العليا، لتتصل في صحتها أو إبطالها. بما مؤداه أن إحالتها مباشرة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا، شرطاً لزومها للفصل في نزاع مطروح عليها، وقوام شبهة تخالفها بأن عواراً دستورياً قد شابهها. وهي تتصل في هذه الشبهة وفق ما يدل عليه ظاهر الأمر في النصوص المشار إليها، فلا تتعمق أغوارها.

وتمثل هذه الصورة تطبيقاً مباشراً وحياً لمبدأ الخضوع للقانون. ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لا تتوخى من إحالتها المباشرة للنصوص التي تقدر بصفة أولية مخالفتها للدستور، غير طلب تحديد القاعدة القانونية التي يدعي عليها أن تطبقها في النزاع المعروض عليها. وهي قاعدة تحدها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، وتقيد الجهة المحيلة بها، فلا يكون تطبيقها من الجهة المحيلة غير إنفاذ للدستور.

ثانياً: ألا تتخذ المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي من النصوص القانونية القائمة في نزاع مطروح عليها موقفاً إجبارياً، فلا تحيلها من نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا. وإنما يؤثر أحد الخصوم في الدعوى التي تنظرها، أمر مخالفتها للدستور. وعليها عدل أن تقرر ما إذا كان منعا ظاهراً للبطلان، أو قائماً على شبهة لها أساسها. فإذا تبين لها توافر هذه الشبهة، كان منعا جدياً لترخص المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بحذف الخصم الذي أثار المسألة الدستورية - خلال المدة التي تحددها، والتي لا يجوز أن تزيد على ثلاثة أشهر - برفع الدعوى الدستورية التي يختصم بها النصوص المطعون عليها، فإذا لم يتم دعواه هذه خلال الميعاد المحدد لها، اعتبر الدفع بقوة لقلون كان لم يكن، وعديم الأثر بالتالي.

وكما كانت المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، تزيد على الأشهر الثلاثة، وجب خفضها إلى ما لا يجاوزها. ذلك أن هذه المدة تعتبر حداً زمنياً نهائياً مقرراً بقاعدة أمرة نص عليها البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز الخروج عليها.

وعلى الخصم الذي أثار الدفع بعدم دستورية النصوص المطعون عليها، أن يتقيد بالميعاد الذي حددته المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، ولو كان أقل من الأشهر الثلاثة المشار إليها. :

ذلك أن هذا الخصم لا يفاضل بين المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة، وميعاد الأشهر الثلاثة المقرر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، ليختار من بينهما المدة الأطول. وإنما هو ميعاد واحد، هو ذلك الذي حددته تلك المحكمة أو الهيئة مقيدة به نفسها والخصم على سواء.

ولا يعني ذلك أن عليها أن ترفض كل طلب يقدمه الخصم إليها بزيادة ميعاد حددته ابتداءً. إذ يجوز لها دوماً أن تمنحه مهلة جديدة تضيقها إلى المهلة الأولى، بشرط ألا يزيدا معاً على الأشهر الثلاثة المشار إليها؛ وأن يكون قرارها بمد الميعاد، قد صدر عنها قبل انتهاء المهلة الأولى حتى تتدخل معها وتعتبر امتداداً لها^(١).

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - لائحة رقم ٤٥ - س ٧٠٤ وما بعدها

من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها

ولما كان الأمر، فإن كل ميعة -مصادفًا للمادة ١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية- لا يبدأ إلا من اليوم التالي لحصول الأمر المعتبر مجرياً للميعاد. وهو هنا القرار الصادر عن المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية. فإذا كان الميعاد منتهياً بعطلة رسمية، تمتد بقوة القانون إلى أول يوم عمل بعدها^(١).

ويلاحظ في شأن ميعة رفع الدعوى الدستورية -وهو ميعة لا يرتبط إلا بالأحوال التي يكون فيها الدفع بعدم الدستورية محركاً لهذه الدعوى- أن هذا الميعاد لا يعتبر من قبيل مواعيد السقوط التي يرفعها قانون المرافعات المدنية والتجارية مقيداً بها الحق في الدعوى أو الطعن، ومؤكداً جريادها إلى أن تبلغ نهايتها دون أن تعترضها عوائق أي كان نوعها، فلا يجوز وقفها أو انقطاعها. ذلك أن نقطة البداية في مواعيد السقوط جميعها أنها من عمل المشرع، فلا يكون نص القانون إلا مصدراً مباشراً لها.

وارتباطها بالحق في الدعوى أو الطعن مؤداها، انقضاء هذا الحق بانقضاء هذه المواعيد، فلا يعود بقواتها لهذا الحق من وجود.

ولا كذلك ميعة رفع الدعوى الدستورية، إذ تقرره بنفسها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي ترخص برفعها، لأنها هي التي تحدده بحكمها.

ولا يحول الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم رفعها خلال الميعاد المحدد لها، دون حصول رفعها على ترخيص ثانٍ من المحكمة أو الهيئة المعروض عليها للنزاع، لرفعها من جديد.

كذلك فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يعتبر من قبيل الدفوع التي لا تجوز إثارتها إلا أمام محكمة الموضوع، بل يجوز إيداعه في أية حالة تكون عليها الدعوى أو الطعن، ولو أثر لأول مرة أمام محكمة النقض. ذلك أن الدفوع التي لا يجوز إيداعها أمام محكمة النقض هي التي لا تتعلق بالنظام العام، أو التي تتعلق به وإنما يخالطها ولعل ليس لها أن تخوض فيه إذا لم يكن الحكم

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦٦٠ق دستورية -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢- من ٢٩٢ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

المطعون فيه قد تحراه. ولا كذلك الدفع بعدم دستورية نص قانوني مطروح تطبيقه في خصومة قضائية، ذلك أن المحاكم جميعها مقيدة بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ يلزمها بمراعاة مفهوم التدرج فيما بين القواعد القانونية ترجيحاً لأعلىها على أدناها، وتطبيقاً للدستور بالتالي على ما سواه من القواعد القانونية. يؤكد هذا النظر، أن التعارض بين قاعدتين قانونيتين نزلتاً فيما بينهما في مجال الفصل في الخصومة القضائية، يقتضي لطراح القاعدة الأولى بقدر تعارضها مع القاعدة التي تطوها.

فلذا كانت القاعدة الأعلى هي الدستور، كان على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي تقوم لديها شبهة التعارض بين قاعدة قانونية يفترض تطبيقها في النزاع المموض عليها، وبين نص في الدستور، أن تستوثق مما إذا كان لهذه الشبهة أساس من الدستور. وسبيلها إلى ذلك إما أن تحول القاعدة للقانونية المدعى تعارضها مع الدستور، مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في دستوريته؛ وإما أن ترخص الخصم دفع أمامها بعدم دستورية هذه القاعدة، بأن يقيم دعواه للدستورية فصلاً في اتفاقها أو تعارضها مع الدستور.

فإن، هي لم تلجأ إلى أحد هذين الخيارين رغم قيام الشبهة لديها على مخالفة النصوص القانونية المفترض تطبيقها في النزاع المطروح عليها للدستور، فإن مضيتها في نظر هذا النزاع، لا يعدو أن يكون تطبيقاً منها للقانون على الدستور.

فلذا تعلق الأمر بمحكمة النقض -التي اطرد قضاؤها زمناً طويلاً على أن الدفع بعدم الدستورية لا يجوز أن يثار لأول مرة أمامها باعتباره من الفروع للموضوعية^(١)- فإن انحيازها للقانون دون الدستور، مؤداه بالضرورة نقضها الحكم المطعون فيه لخطأ اعتراه في تطبيق أو تأويل النصوص القانونية التي طبقها هذا الحكم في النزاع، ولو قام الدليل على تعارض هذه النصوص مع الدستور.

(١) نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ - طعن رقم ٤٠ سنة ٥٥ قضائية؛ ونقض ١٩٨٣/١٢/١٨ - طعن رقم ١٤٣١ سنة ٥٠. ويلاحظ أن محكمة النقض عدلت بعد ذلك عن هذا الاتجاه، بعد أن انقسمت دوائرها إلى مؤيد للطبيعة الموضوعية للدفع بعدم الدستورية وإلى معارض لها

وهي نتيجة لا يمكن القبول بها. ذلك أن خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون، مؤداه التزامها بالنزول على أحكامه وفقا لثريتها في مدارج القواعد القانونية. والدستور على قمتها.

ثالثا: ويقابل حق المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعا، في أن تحيل بنفسها المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، حق هذه المحكمة نفسها على ما تنص عليه المادة ٢٧ من قانونها- في التصدي لدستورية أي نص قانوني يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها.

وتلك هي رخصة للتصدي التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن كل نزاع معروض عليها، سواء تعلق الأمر بمباشرتها لولايتها في مجال فض النزاع على الاختصاص أو التناقض بين الأحكام النهائية وفقا للمادتين ٣١ و٣٢^(١) من قانونها، أو على صعيد فصلها في الخصومة الدستورية المطروحة عليها وفقا لنص المادة ٢٩ من هذا القانون. ولا تباشر المحكمة الدستورية هذه الرخصة إلا وفق الشروط التي حددتها بنفسها، وحاصلها:

١. أن تتصل النصوص القانونية التي تتصدى للفصل في دستورها، بنزاع يدخل في اختصاصها، ولا زال قائما أمامها.

ولا يتصور أن يطرح نزاع عليها إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقض بشأنها مصالح أطرافها. فلا نزاع أمام القضاء بغير خصومة يقيمها مدعى الحق لطلبه بعد إكراهه. ولا يستقيم بالتالي معنى الخصومة القضائية، إلا إذا تنازع أطرافها للحقوق موضوعها، سواء لإثباتها أو نفيها. ومن ثم لا يدخل طلب التفسير التشريعي في مجال تطبيق نص المادة ٢٧ المشار إليها لتجرده من خصائص الخصومة القضائية.

٢. أن تتصل الخصومة الأصلية المطروحة عليها، بنص آخر يؤثر في المصلحة النهائية للخصومة الأصلية. ومن ثم تقوم علاقة حتمية بين أصل وفرع؛ فالأصل هو الخصومة المطروحة بداية على المحكمة الدستورية العليا للفصل في موضوعها. والفرع هو النص الآخر الذي عوض

(١) تنص المادة ٣١ من قانون المحكمة على أن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في البند ثانيا من المادة (٢٥). وتنص المادة ٣١ بأن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في النزاع المقدم بشأن تكليف حكومتين نهائيتين متناقضتين في الحالة المشار إليها في البند ثالثا من المادة (٢٥).

لها بمناسبة النظر في الخصومة الأصلية بشرط أن يكون من شأن الفصل في دستورية هذا النص، التأثير في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية، وهو ما دل عليه قانون المحكمة الدستورية العليا بإيجابه أن يتصل النص القانوني المعارض بالزراع المطروح أصلا عليها، فإذا لم يكن للنص المعارض بالزراع المطروح أصلا عليها، فإذا لم يكن للنص القانوني المعارض من أثر على الخصومة الأصلية، فإن الفصل في دستوريته، يتجرد من كل فائدة عملية وفقا لنص المادة ٢٧ من قانونها.

٣. أن تقدر المحكمة الدستورية العليا من وجهة نظر مبدئية *Prima Facie* مخالفة للنصوص التي تصدرى لها للدستور. وعليها بمجرد قيام هذه الشبهة لديها، أن تحيلها إلى هيئة المفوضين بها حتى تحد هذه الهيئة تقريرها في شأن اتفاقها أو تعارضها مع الدستور. ثم تفصل المحكمة الدستورية العليا بعد اتصالها بهذا التقرير، في بطلان النصوص القانونية التي أحالتها إلى هيئة المفوضين أو صحتها.

٤٢٢- وعلى ضوء هذه المفاهيم يبدو غريبا ما تصورته المحكمة الدستورية العليا في بدء نشأتها من أن حقها في التصدي يجوز أن يتعلق بنصوص قانونية لا تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة المطروحة أصلا عليها، واقتراضها أن النصوص القانونية المشابهة في نصها ولحاواها، للنصوص المطعون عليها في الخصومة الأصلية، هي التي تقوم الصلة بينها، وتكاسبها أن الصلة المقصودة بنص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، هي الصلة العملية التي يكون لها مردود على نطاق الترضية للقضائية التي تقدمها المحكمة الدستورية العليا للمدعى في الخصومة الأصلية؛ وإعراضها كذلك عن حقيقة أن تصديها للنصوص القانونية للفصل في دستوريته وفقا لنص المادة ٢٧ من قانونها، ما كان ليؤثر أصلا لو لم تكن هذه النصوص متصلة بالخصومة الأصلية بما يؤثر في بنيتها وكيفية جريانها، إذ هي خادمة لها وتطور من أجلها^(١).

(١) في الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١ ق التي صدر الحكم فيها بجلعة ١٦ مايو ١٩٨٢ -قاعدة رقم ١٠- من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، كان النص المطعون بعدم دستورية هو نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة التي لم تجز الطعن في قرارات نقل أعضاء مجلس الدولة وبندهم أمام المحكمة الإدارية العليا. وإذا خطر نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من قانون السلطة القضائية كذلك الطعن في قرارات نقل رجال القضاء وللهذه العامة وبندهم أمام دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فقد وجدت المحكمة الدستورية العليا أن النصين متباينين، ومن ثم قررت التصدي للنص الثاني لتباينه مع النص الأول.

٤. أن زوال الخصومة الأصلية يفيد بالضرورة انتقاء رخصة التصدي بعد أن لم يعد ثمة محل لإعمالها^(١).

٥. وليبان حدود تطبيق نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، بفرض أن شخص طعن بعدم دستورية نص قانوني فرض ضريبة بالمخالفة للدستور. وعندئذ يحدد النص القانوني الذي فرض هذه الضريبة، نطاق الخصومة الأصلية القائمة أمام المحكمة. فإذا تبين للمحكمة من قراءة قانون الضريبة أن نصا آخر يمنع استردادها بمضى سنة من تاريخ دفعها، فإن النص المانع من استرداد الضريبة يشكل الخصومة الفرعية التي تتصل بالنزاع الأصلي المعروض على المحكمة. فإذا تصدت المحكمة للفصل في هذه الخصومة الفرعية، فذلك بالنظر إلى أن نتيجة الفصل في الخصومة الفرعية تؤثر بالضرورة في الخصومة الأصلية.

ذلك أن المدعى في الخصومة الأصلية لن يستفيد من الحكم الصادر بإبطال الضريبة إلا إذا استطاع استردادها. فلا يكون إبطال النص المانع من ردها إليه، إلا ككفالة اجتناء المنفعة النهائية التي يتوخاها المدعى في الخصومة الأصلية من إبطال الضريبة التي فرضها المشرع بالمخالفة للدستور.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٧٥٠ هـ "مسير" - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢١ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث التاسع

طرائق الرقابة على الشرعية الدستورية

التي لا يجرى فيها قانون المحكمة الدستورية العليا

٤٢٣- على أن للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية طرائق أخرى في بعض الدول هي الدعوى الأصلية بعدم الدستورية؛ والأمر الصادر في شأن مشروعية احتجاز البدن؛ والأوامر التي تصدرها السلطة القضائية إلى السلطة التنفيذية، لتمنعها من تطبيق قانون معين، أو لتلزمها بأداء عمل. ثم أخيراً نوع من الأحكام القضائية يصفونها بالأحكام التقريرية على تقدير أن غايتها مجرد بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها، وتعيين صاحبها.

المطلب الأول

الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٤٢٤- هي الطعن المباشر في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، ولو لم يجر تطبيقها في حق المدعى في الخصومة الدستورية، حتى يثار أمر إضرارها به بصورة فعلية.

وليس للدعوى الأصلية بعدم الدستورية كذلك من صلة بحقوق شخصية يكون رفعها قد طلبها في نزاع موضوعي، وإنما تتجرد الدعوى الأصلية من هذا النزاع، وكذلك من الحقوق التي ترتبط به فصلاً في ثبوتها أو تخلفها.

ولم تجز المادتان ٢٧ و ٢٩ قانون المحكمة الدستورية العليا، الطعن بطريق مباشر في النصوص المدعى مخالفتها للدستور. ذلك أن هاتين المادتين نظمتا طرائق اتصال الخصومة الدستورية بها، على الوجه الذي مر بيانه. وهي طرائق لا بدل عنها، ولا تفيد جواز الطعن بالطريق المباشر في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور بقصد إبطالها إطلاً لا مجرداً.

ولا يعتبر قصر الحق في الخصومة الدستورية على هذه الطرائق، إخلالاً بالحق في التقاضي، إذ هو حق غير مطلق، وإنما يجوز أن يخضع لضوابط لا تقيد سيمائها أو بإبعادها - من جوهره^(١).

ومن صور الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أن تقام أمام المحكمة الدستورية العليا دعوى دستورية لم ترخص محكمة الموضوع برفعها إليها^(٢)، أو أن يثار الدعوى بمخالفة نص قانوني للدستور لأول مرة أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا^(٣).

٤٢٥- وأما كان طريق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، فإن المسائل الدستورية التي تواجهها، هي تلك التي ترتبط بنزاع قائم أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي. بيد أن من يناهضون شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، يركزون على المهمة الخاصة Special function التي تتولاها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، والتي يطورها ضرورة تطبيقها للقواعد التي يفرضها الدستور سوفي حددها الأنكى - على الأعمال التشريعية جميعها، وأن مهمتها هذه تمثل جوهر اختصاصاتها، وتكفل على الأخص صون القيم التي أحضنها الدستور، والتي لا يجوز إهمالها؛ ولا تطبيق إنفاذها على خصومة موضوعية يقيمها المدعى للدفاع عن مركزه القانوني الخاص.

وهم يؤمنون ذلك على أن الخصومة الدستورية تغاير الخصومة الموضوعية في بنائها وأهدافها. فكل منهما مجال يتحدد به موضوعها، وأسلوب للفصل فيها، ومعايير تقتضيها غلبة الطبيعة الشخصية على الخصومة الموضوعية، والطبيعة العينية على الخصومة الدستورية. ولا يجوز بالتالي أن يكون وجود أولاهما قيداً على نشوء ثانيتهما. وهو ما يجعل لكل مواطن صفة مفترضة في تجريح النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو لم تكتمل بنزاع موضوعي؛

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١١ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٢٥ ص ٢٩٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" - جلسة أول يناير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٢ ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء السادس.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٨/١٣ ص ٢٢٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومصلحة مفترضة في إسقاط هذه النصوص تطبيقاً لسيادة الدستور. وهو ما نراه محل نظر. ذلك أن الدعوى الأصلية بدم الدستورية، وإن كانت تبلور تطوراً هاماً ورئيسياً في بديان الشرعية الدستورية، وكان بالإمكان تنظيم شروط رفعها بما يحول دون إساءة استخدامها، وعلى الأخص من جهة تحديد صور مباشرتها، وكذلك من يملكون الحق في تحريكها؛ إلا أن هذه الدعوى تظل استثناء من شرط المصلحة الشخصية المباشرة التي تفترض قيام صلة منطقية بين المركز الخاص للمدعى في الخصومة الدستورية، والممثل الدستورية التي طرحها الفصل فيها. وهي صلة يؤديها أن جهات القضاء على انتهاكها، لا يعنيها غير تطبيق القوانين القائمة في مجال اتصال أحكامها بحقوق يطالبها أصحابها لأنفسهم لتعود عليهم فائدتها، وإلا كان الحدوث على الدستور فيما وراء هذه الحقوق، أدخل إلى المحاسبة السياسية التي لا شأن لها بالوظيفة القضائية.

هذا فضلاً عن أن المحكمة الدستورية العليا مقيدة طبقاً لقانونها بمراعاة شرط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط للفصل في الدعوى الدستورية. ويظل دوماً بيد المشرع أن يسقط هذا الشرط في كل تطبيقاته؛ أو أن يقرره كقاعدة مطلقة لا استثناء منها؛ أو أن يكفل بقاءه في أحوال دون أخرى، على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا -وكما كان التحق من هذا الشرط مطلوباً منها وفق قانونها- تحديد مضمون المصلحة الشخصية المباشرة، وإن كان التزامها في تحديد هذا المضمون لا يُلقي بها بالنظر إلى آثاره السلبية على حقوق المواطنين وحرياتهم.

وأولى بها أن يكون اقتضاؤها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة متوازناً من خلال ليد من المرونة والتجرد المنطقي في مجال تفسيره، وعلى الأخص عند هؤلاء الذين يرون أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتصل اتصال قرار بالرقابة على الشرعية الدستورية، ولا ترتبط بالضرورة بضوابط ممارستها. وإن قيل رداً عليهم بأن شرط المصلحة في الدعوى يرتبط بالحق فيها، وهو حق يملك المشرع تنظيمه بما لا يجرد من محتواه.

ويظل ثابتاً أن القوانين المنظمة للسلطة القضائية، لا تغفل أحداً أن يلج أبوابها دون فائدة عملية يجنيها من دعواه وفقاً للقانون، وإلا صار القضاء محراباً علمياً يتكلس فيه المتداعون أوضاع مجتمعهم، أو مجداً دينياً يبشرون فيه طقوس عقائدهم، لا إطاراً للفصل في خصوصاتهم بقصد إيجاد حلول لها بما يصون الأمن الاجتماعي.

يؤكد هذا النظر أنه حتى عندما اتخذت الرقابة على الشرعية الدستورية شكل رقابة الإمتناع عن تطبيق النصوص القانونية المخالفة للدستور، دون الحكم بإبطالها؛ فإن مجال هذه الرقابة كان منحصرا في الفصل في دستورية النصوص القانونية التي يزداد تطبيقها في نزاع موضوعي فصلا في حقوق يرد إبطالها، ويعارضها خصماء يسعون لنفيها.

المطلب الثاني

الأمر المتعلق بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن

Writs of Habeas Corpus

٤٢٦- قد تلغى السلطة التشريعية السلطة القضائية في أن تفصل من خلال أوامر تصدرها في مشروعية احتجاز البدن. وهذا الإجراء يدخل كل شخص أدنين عن جريمة أو احتجاز بدون حق، أن ينازع في مشروعية أو دستورية تقييد حريته، ولن يقيم منازعته هذه على الدعاائم التي تؤيدها، والتي يندرج تحتها، أن يكون قد أدنين بناء على نصوص اتهام تناقض الدستور؛ أو لأن قضاء الحكم صدر عن محكمة لا ولاية لها بنظر الدعوى الجنائية؛ أو لها ولاية نظرها ولكن الحكم الصادر فيها أهدر حقوق المتهم التي كفلها الدستور، كذلك التي تتعلق بمواجهته بالتهمة بكل الوسائل القانونية.

ومنذ الماجنا كارتا، كان صون الحرية الشخصية من المسائل المفروغ منها؛ وكان الفصل في مشروعية احتجاز البدن من الحقوق التي يملكها كل بريطاني في إنجلترا باعتبارها إجراء عاجلا وفعالا في اختبار ما إذا كان احتجازه موقفا أو مخالفا للقانون والدستور^(١). ونظر آباء الدستور الأمريكي إلى الحق في تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع باعتباره أعلى ضمانات لصون الحرية^(٢) وأفضل امتياز لا يجوز وقفه إلا لضرورة تتعلق بصون الأمن العام في حالة العصيان أو الغزو^(٣) Cases of rebellion or invasion.

(١) Habeas Corpus Act of 1679.

(٢) Smith v. Bennett, 365 U.S. 708 (1961).

(٣) انظر الفصل التاسع من المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

٤٢٧- وعلى امتداد العصور، صار هذا الامتياز، للقانون العام الحرية، بما يخول المحاكم استدعاء السجناء والتحقيق في مشروعية احتباسهم، وإلا تعين الإفراج عنهم. وقررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في عبارة قاطعة، ضرورة صون هذا الامتياز من كل العوائق باعتبار أن ضمانه يعتبر واجباً حيوياً^(١).

ومنذ ١٨٦٧ تقرر تطبيق ذلك الامتياز في أمريكا على الصعيد الفيدرالي لضمان إطلاق سراح السجناء الذين احتجزتهم السلطة المحلية في الولاية بالمخالفة للمستور الفيدرالي أو للقوانين أو المعاهدات الفيدرالية، على أن يتم تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع حال الإخلال بالحقوق الأساسية للإنسان، وعلى الأخص تلك المنصوص عليها في الدستور الفيدرالي^(٢) سواء كان الشخص محتجزاً في ولاية، أو عن طريق السلطة الفيدرالية.

ذلك أن التدخل في حريته بما يهدر هذه الحقوق -ويندرج تحتها حق الشخص ألا يحاكم عن ذات التهمة أكثر من مرة، وفي أن يحصل على مشورة محام^(٣)- عدول عليها يتعين أن تعمل السلطة القضائية الفيدرالية، على رده عن كل مواطن، ولو كان مقيماً في ولاية، محتجزاً في سجونها أو معتقلاً بها، وبشرط ألا يصدر أمر الإفراج عن السلطة الفيدرالية إلا إذا استند المتظلم الوسائل التي تؤفرها الولاية، والتي يقرر على ضوءها ما إذا كان تقييد حريته جائزاً قانوناً أم غير جائز.

فإذا لم يكن ثمة وجود لهذه الوسائل أصلاً في الولاية، Non-existent أو كانت هذه الوسائل غير ملائمة بصورة ظاهرة Clearly inadequate، أو لا تزيد عن مجرد آمال زائفة لا طائل من ورائها في رد الحرية المقيدة إلى أصحابها، Nothing but a procedural morass offering no substantial hope for relief أو كان الدليل على بطلان تقييد الحرية سواء عن طريق السجن أو الاحتجاز غير المشروع، قد ظهر بعد انقضاء المواعيد التي حددتها قوانين السلطة المحلية

(١) Bowen v. Johnston 306 U.S. 19, 26, 83 (1939).

(٢) Rogers v. Peck, 199 U.S. 425 (1905).

(٣) Re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889); Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

لمراجعتها في إجراءاتها؛ أو كان السجن أو الاحتجاز في الولاية قد تم بناء على أوامر من السلطة الفيدرالية -جما في ذلك محاكمها- فإن استنفاد الوسائل المحلية لا يكون مطلوباً^(١).

٤٢٨- وما تقدم مؤداه أن الأمر القضائي الفيدرالي بإنهاء الاحتجاز غير المشروع، قد يتعلق بأشخاص أدانتهم المحاكم الفيدرالية، أو بأشخاص محتجزين في ولاية بدون حق، وذلك سواء كان تقييد الحرية في الحالتين ناجماً على الأخص عن مخالفة نص التحديد الرابع للدستور الأمريكي الذي يؤمن للناس في أشخاصهم ومنازلهم وأوراقهم وممتلكاتهم، ضد التفتيش والقبض غير المشروع؛ أم كان مترتباً على مخالفة التحديد الرابع عشر لهذا الدستور الذي يحظر على أية ولاية حرمان أي شخص من الحق في الحياة أو من ملكيته أو من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة^(٢) The due process of Law.

وكذلك إذا نقض الاعتقال أو الاحتجاز أو غيرهما من صور تقييد الحرية، حق الشخص في محاكمة سريعة منصفة؛ وفي ألا تقام ضده دعوى جنائية قبل اتهامه من هيئة المحلفين العليا إذا كان صدور الاتهام على هذا النحو مقراً قانوناً^(٣). وللمحاكم الفيدرالية في حدود سلطاتها التقديرية، أن تسقط حق الشخص في الانتفاع من امتياز تحرير البدن من القيود، إذا وجدت دلائل كافية على أن لاحتجازه وجهاً مشروعاً، ولو كان قرار الاحتجاز مشوباً بالخطأ. وكذلك إذا قد تعتمد مجاوزة الإجراءات المعمول بها في محاكم الولاية، وصادر بالتالي بفعله الترضية القسرية تمنحها هذه المحاكم.

(١) Morino v. Ragen, 332 U.S. 561 (1947); Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963).

ويلاحظ أن لكل شخص رفض بغير حق طلبه بالإفراج عنه بكفالة، أن يتمسك بامتياز تحرير البدن من القيود لنيل تلك الكفالة، ويؤمن بها إطلاق سراحه. ولا يجوز في المحاكمة الجنائية أن يتمسك شخص بهذا الامتياز قبل المحاكمة ولو ادعى مخالفة للقانون الذي أنهم بمقتضاه للدستور إذ يتعين أولاً أن تتم محاكمته في إطار سيرها الطبيعي، وأن يستنفد كل الوسائل المحلية لضمان الإفراج عنه، فإن لم تجد نفعا كان له عندئذ التمسك بضمالة تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Johnson v. Hoy, 227 U.S. 245 (1913).

(٢) Antieau, Modern Constitutional law, volume one, 1969, pp. 435-441.

(٣) Fay v. Noia, 372 U.S. 391, 409 (1963); Ey parte Bain, 121 U.S. 1, 30 (1887).

ولئن كان حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المبرر، يدخل المصلحة القضائية الفيدرالية أن تجل بصرها في مشروعية الاحتجاز؛ وكان الدستور الأمريكي قد خلا من كل نص يودع هذا الاختصاص في المحاكم الفيدرالية دون غيرها، إلا أنها تقس مباشرتها إياه على وجه الأفراد، بالمصلحة المخولة لها بمقتضى التنظيم القضائي الصادر في ١٧٨٩ وهو تنظيم يغول المحاكم الفيدرالية للتحقق من مشروعية احتجاز الأشخاص المعقّدة حريتهم وفقاً لقوانين أية ولاية.

ولا يلزم أن يكون هؤلاء الأشخاص مسجونين، بل يكفي أن يكون إطلاق سراحهم مقيداً بشرط الكفالة، أو بشرط المراقبة، أو بخير ذلك من القيود التي لا يدرج في إطارها ما يدعيه المتهم من أن الأكلة على ثبوت الجريمة التي تهم بها ودين بسببها، غير كافية^(١).

ولا يرتبط الاحتجاز غير المشروع، بالاعتقال أو بالإيداع في مغفر. فالأشخاص المودعون في مصحة عقلية بالنظر إلى جنونهم أو لعامة في العقل أصابهم، بشملهم امتياز تحرير البدن، ويجوز بالتالي إنهاء احتباسهم إذا كان إيداعهم في هذه المصحة باطلاً أصلاً، أو كان صحيحاً ابتداء ثم طرأت عناصر واقعية تحتم الإخراج عنهم. فالمجنون قد يحتجز في مصحة عقلية بناء على سند قانوني Legal Foundation إذا فقد عقله، فإذا أفاق من جنونه، دل ذلك على أن تغييراً واقعياً طرأ على حالته A factual foundation بما يسوغ إنهاء احتجازه. ذلك أن الأكثر المباشر لاحتجاز قام للدليل - قانوناً أو واقعاً - على بطلانه، هو إنهالوه^(٢).

ويجوز كذلك الإخراج عن الأشخاص الذين أملوا تعاطى العمور، إذا كان احتجازهم في الأماكن التي أودعوا بها، قد تم جبراً عنهم، وبالمخالفة لاضماناتهم المقررة قانوناً، والتي نتجها التحقق من حالتهم، ودرجة خطورتهم على الأمن العام.

ولا يجوز بالتالي اللجوء إلى نظام تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Habeas Corpus إذا كان ما توجاه الطاعن، هو الفصل في مسائل قانونية ليس من شأنها إيهاء هذا الاحتجاز فوراً، ولو قضى فيها لمصلحته.

(١) Stallings v. Splain, 253 U.S.339 (1920); Harlan v. McGourin, 218 U.S. 442 (1910).

(٢) Antieau, ibid, p. 442.

ذلك أن الوظيفة الوحيدة لتحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، هي إطلاق سراح المحتجز دون إبطاء، ومع ملاحظة أنه حتى لو أطلق سراح المعتقل بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، فإن لهذه العقوبة آثاراً جانبية Collateral Consequences تسوغ إنهاءها من خلال الطعن على الحكم الصادر بالعقوبة للفصل في دستوريته.

وليس تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، نظاماً بديلاً عن الطعن استناداً في الحكم؛ ولا طريقاً لمراجعة أخطائه وتصويبها، ما لم يكن من شأن هذه الأخطاء - حال ثبوتها - أن تصير عملية الاحتجاز بكل جوانبها عملاً غير مشروع وفقاً للقوانين الفيدرالية.

وتتحدد مشروعية هذا العمل في كل قضية بالنظر إلى وقعاتها، وعلى ضوء حكم القانون فيها^(١).

وينبغي أن يلاحظ أخيراً أن الدستور الأمريكي وإن أجاز وقف امتياز تحرير البدن من الاحتجاز غير المبرر في حالتي الغزو والعصيان، إلا أن الكونجرس وحده هو الذي يملك هذه السلطة، فلا تبأثرها السلطة التنفيذية بغیر تفويض من الكونجرس، ولأجل محددة، وفي مواجهة أوضاع معينة يكون زوالها منها وقف هذا الامتياز.

(١) Whitely v. Warden , 401 U.S. 560, 569 (1971).

تصدر المحاكم الفيدرالية أمراً بالإفراج فوراً عن الشخص الذي ثبت بطلان احتجازه ولما وقانوناً ما لم تقرر سلطة الاتهام إعادة محاكمته خلال فترة زمنية محددة.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, 1996, p.641.

المطلب الثالث

الأوامر الوقائية (Injunctions^(١))

٤٢٩- كان نطق إصدار هذه الأوامر، injunctions محدودا لول الأمر، وحزاء ثم صار اليوم عريض الاتساع خاصة على صعيد علائق العمل والتجارة، وكذلك فيما يختص بالشئون المالية La Fiscalité. ذلك أن هذه الأوامر تبلور صورة من التوضعية الوقائية أو العلاجية، غايتها أصلا ردع السلطة التنفيذية عن تصرفاتها في مقل الأيام. فلا شأن لها بلوؤناع منقضية. ومن ثم تتوخى هذه الأوامر منعها من أداء أعمال تهدد بها، أو تعلن عن عزمها القيام بها، أو تكتنفها بالامتناع عن المضي فيها، أو إلزامها بأن تزيل أضرارها أحدثتها، أو تصحح أخطاء ارتكبتها^(٢).

المطلب الرابع

الأحكام التفسيرية (Declaratory Judgments^(٣))

٤٣٠- وإذا كان محظورا على جهة الرقابة على الدستورية، أن تقدم لصيحتها إلى السلاطين التشريعية والتنفيذية إذا استشارتها إحداهما في مسائل من طبيعة مجردة، أو فرضية، أو غير محققة Abstract, Hypothetical and Contingent questions ضمنا لأن تنقيدهم بحفود

(١) حرف قلموس Black في ص ٧٨٤ من الطبعة السادسة (١٩٩٠) لأوامر المنع بأنها تلك التي تصدر عن محكمة بقصد منع شخص من القيام بعمل معين، أو تكليفه بأن يزيل خطأ أو ضررا.

A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or inquiry

وهي بذلك تمنع شخصا من إتيان عمل يهدد به أو يتجه لارتكابه. وقد يكون هدفها كبحه عن الاستمرار فيه. ويصدر هذا الأمر لصالح شخص Impersonum مطلوبة من الشخص الذي وجهت إليه بإدائه أو الامتناع عن أداء أي شيء محدد. ولا تتعلق هذه الأوامر في كل صورها بأخطاء منقضية وإنما بأفعال مستقبلية. ومن ثم تمنع عن أوامر سستهدف توكلي الضرر والمنع Preventive remedy.

(٢) Charles Debboch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude Ricci, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, p.86.

(٣) يعرفها Black في ص ٤٠٩ من قاموسه القانوني السابق بأنها إجراء يتوخى به المدعى في دعوى يجرز الفصل قضائيا فيها، مجرد تحديد مركزه وحقوقه القانونية المتعلقة بها.

Statutory remedy for the determination of a justiciable controversy where the plaintiff is in doubt as to his legal rights.

وظيفتها القضائية^(١)، التي لا تتعلق إلا بمسائل بلورها خصماء يتنازعون عليها، وتتصادم مصالحهم بشأنها، بما يحدد جوانبها وزواياها المختلفة على نحو يبصر جهة الرقابة على الدستورية بها، ويحيطها بعناصرها وتحد أوجهها^(٢) Multi- faced situations؛ وكان تعلق الخصومة الدستورية بحقوق يتصارع أطرافها عليها، ويحددون أبعادها، ويفصلون وقائعها، ويقومون حججها، يضيئها، ويحدد كذلك لجهة الرقابة القضائية على الدستور نقاط التوافق والتعارض في الحقوق المتنازع عليها؛ فإن هذه الخصومة -بخصائصها تلك- تكون مدخلا وحيدا للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها^(٣).

على أن المدعى في الخصومة الدستورية يكون عادة بالخيار بين أمرين: فهو إما أن يجلبها إلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية متوخيا بها رد عدول على حقوق متنازع عليها في هذه الخصومة من خلال ترضية قضائية تزيل الأثار المترتبة على الإخلال بها بصفة كاملة ونهائية. وهذه هي الترضية القضائية في صورتها للتقليدية، وإما أن يقصر طلبه في دعوى يقيمها على مجرد تقرير ما إذا كان محقا فيها.

وهذه هي الترضية القضائية التي تكفلها جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن طريق إصدارها حكما تقريريا لا يبطل النصوص القانونية المطعون عليها، ولا يجردها من آثارها، ولا يعطل قوة نفاذها، وإنما يقتصر على مجرد تقرير اتفاقها أو تعارضها مع الدستور، دون زيادة أو نقصان. كأن يتحوط أحد الممولين في مواجهة ضريبة فرضها المشرع بالمخالفة للدستور، فلا يقيم الخصومة الدستورية لإبطالها، وإنهاء آثارها، من خلال إعدام النصوص القانونية التي أنشأتها، وإنما يقتصر طلبه على دعوة جهة الرقابة على الدستورية لأن تقرر من خلال الخصومة

(١) *Willing v. Chicago Auditorium Association*, 277 U.S. 274 (1928).

(٢) *United States v. Freuhauf*, 365 U.S. 146 (1961).

(٣) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية إن عبارة الخصومة الدستورية، مكونة من كلمتين وتلور قديين، وإن تكاملا. إلا أنهما مختلفين. فمن ناحية مودى هاتين الكلمتين إلزام المحاكم ألا تفصل في غير خصومة تبلغ حدة النزاع فيها أبعادا حقيقية، ويكون موضوعها قابلا للفصل فيه ومن ناحية أخرى فإن هاتين الكلمتين تفصلان الوظيفة القضائية عن الوظيفة التشريعية والتنفيذية، وتحولان دون أن تقوم المحاكم نفسها في أعمال عهد الدستور بها إلى هاتين السلطتين.

Flast v. Cohen, 392U.S. 83, 94-97 (1968).

التي رفعها، اتفاق هذه الضريبة خصائصها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه. وعلى الهيئة القائمة على تنفيذ قانون الضريبة، أن تترىص الحكم الصادر في هذا النزاع، وإلا كان مضيها في تطبيق هذا القانون قبل ذلك الحكم، عملا مخالفا للدستور.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الطعن على ذلك القانون لا يعتبر كإلغاء بعدم الدستورية وسيلة دفاع في خصومة قضائية قائمة، إذ هو طعن مباشر على نصوص قانونية نافذة. ولا يعتبر الحكم الصادر في هذا الطعن من قبيل الآراء الاستشارية التي تقدمها جهة الرقابة على الدستورية إلى السلطة التي تطلبها منها في شأن مسائل دستورية تطرحها عليها في صورة مجردة. وإنما يعتبر هذا الحكم صادرا في خصومة بمعنى الكلمة^(١)، موقرا ما لكل من أطرافها من حقوق اختلفوا عليها فيها بينهم. ويظل الحكم تقيديا، ولو كان بالإمكان الحصول على ترضية قضائية من وجه آخر.

ومن ثم تفارق الأحكام التقريرية، الآراء الاستشارية من جهة خصائصها وآثارها، ولكنها تتوافق معها من زاوية امتناع تنفيذها بالوسائل الجبرية Execution by Coercive Order^(٢).

ولئن جاز القول بأن الأصل في النصوص القانونية المطعون عليها في الخصومة الدستورية، أن يكون تجريحها وإدعاء مخالفتها للدستور من خلال دفع يلوح كوسيلة دفاع لسي نزاع موضوعي، إلا أن الخصومة الدستورية التي يكون موضوعها إصدار حكم يقتصر على بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها بما يثبتها لأصحابها، أو ينفيها عن يدعويها، تحل في مضمونها إلى طعن مباشر على النصوص القانونية التي تتعلق بها هذه الحقوق.

وقد عارض القضاء الأمريكي في البداية إصدار أحكام تفريرية بوصفها قضاء شبهها بالآراء الاستشارية صادرا في غير خصومة حقيقية، بما يخرجها عن إطار الوظيفة القضائية، إلا أن هذا القضاء انحاز بعد تردد إلى مفهوم الأحكام التفريرية، ومن ثم أسد الكونجرس الأمريكي تشريعا ينظمها، ويحول السلطة القضائية الفيدرالية حق إصدارها بشرط أن تقومها على قساع

(١) Alabama state federation of labor v. McAdory, 325 U.S. 450 (1945).

(٢) انظر في ذلك نورمان ريلس، وبرنارد شولتز، وجون أناتاسيو في ص ٢٢، ٢٣ من طبعة ١٩٩٧ من

مؤلفهم:

ثابتة Established Facts Upon قائمة في خصومة قضائية يقتصر عليها بيان حقوق أطرافها، ولو كان في نيتهم الحصول فيما بعد على ترضية قضائية إضافية، أو كان يوسعهم الحصول عليها^(١).

Whether or not further relief is or could be sought.

وتطبيق هذه الشروط في شأن الأحكام التقريرية، مؤداه أن الحق في إصدارها ليس من الحقوق المطلقة، وإنما يجوز أن يقيد المشرع إصدارها بما يراه ضروريا أو ملائما من القيود، كأن يمنعها إذا كان هدفها تعويق تحصيل ضريبة فرضها^(٢)، وكأن يشترط محكمة ثلاثية التشكيل لإصدارها إذا تعلق موضوع الأمر بتحديد الأسعار^(٣) أو بملازمات العمال^(٤).

(١) NASHVILLE, C. V. WALLACE, 288 U.S. 249 (1933).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المحكمة العليا للولايات المتحدة، كانت قد قبلت مراجعة حكم تقيري أصدرته إحدى الولايات. وقد قضت المحكمة العليا بجواز إصدار هذا الحكم مستندة في ذلك إلى ولبائع القضية وحاصلها أن شركة كانت مهددة بضريبة تدعى مخالفتها للدستور من جهة عبثها على تدفق التجارة بين الولايات، وأن مثل هذا النزاع لا يعتبر فرضيا، بل واقعا، وأن حق محاكم الولايات في إصدار أحكام تقييرية، متد بطلب المدعين حقوقا يتسكون بها ويمارضهم المدعى عليهم في استحقاقهم لها.

See also, E.g., Currin v. Wallace, 306 U.S. 1 (1939); Ashwander v. TVA, U.S. 288 (1936); Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202 (1958).

(٢) 26 U.S.C. § 7421 (a).

(٣) Lockerty v. Philips, 319 U.S. 182 (1943).

(٤) See F. Frankfurter and I. Grean, The Labor Injunction (New York; 1930).

المبحث العاشر

عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر

المحكمة الأدنى قراراً نهائياً فيها

٤٣١- تتوزع الرقابة القضائية على الدستورية في الدول الفيدرالية بين السلطة القضائية الاتحادية من جهة، والسلطة القضائية المحلية في النطاق الإقليمي لكل ولاية من جهة أخرى. ومن ثم لا تتركز هذه الرقابة في محكمة واحدة تطو النظام القضائي بكل مفرداته. وإنما تباشر المحكمة الاتحادية الأعلى في ربوع الاتحاد جميعها، رقابتها على المحاكم الأدنى بوصفها درجة استئنافية.

وشروط ذلك أن تصدر المحكمة الأدنى قراراً نهائياً في الخصومة المطروحة عليها. ولا يكون القرار كذلك إلا إذا كان فاصلاً بصفة قطعية في حقوق أطرافها، وبما يقدمهم جميعاً بمضمونه. فإذا كان القرار غير ملازم لهم، أو كان نفاذه مطلقاً على تصديق جهة إدارية، أو كان غير فاصل في الحقوق للمدعى بها سواء بإثباتها أو بنبغيها، فإن المحكمة الاتحادية الأعلى لا تباشر رقابتها على الخصومة التي نظرتها المحكمة الأدنى.

وليس شرطاً لنهائية القرار الصادر في هذه الخصومة، أن يكون قابلاً للتكليف جبراً. ذلك أن قابلية الأحكام القضائية لتنفيذها جبراً، وإن كان أصلاً فيها يلزم الصورة الطبيعية لمجراها، إلا أن من الأحكام القضائية كالأحكام التقريرية، ما يقتصر على مجرد الفصل فيما إذا كان المدعى محقاً أو غير محق في دعواه. ومن ثم لا تعتبر خاصية تنفيذ الأحكام جبراً، جزءاً من مكوناتها، ولا عنصراً جوهرياً في الوظيفة القضائية^(١).

While the Ordinary course of judicial procedure results in a judgment requiring an award of process or execution to carry it into effect, such relief is not an indispensable adjunct to the exercise of the judicial function.

ومن المقرر قانوناً أن لكل ولاية السلطة التي تخولها أن تحدد بنفسها طرائق اتصال المسائل الدستورية بمحاكمها، وكيفية مناقشتها، وأحوال الطعن استئنافية في الحكم الصادر فيها.

(١) Nashville C. and St. L. Ry v. Wallace, 288 U.S. 249, (1933).

ولا يجوز بالتالي أن يثير خصم أمام محاكمها مسائل دستورية إلا وفق القواعد الإجرائية التي فرضتها تشريعاتها كإطار للفصل فيها، وإلا اعتبر متخليا عن الحقوق الفيدرالية التي يدعي الإخلال بها. وإلى المحكمة الفيدرالية الأعلى في ربوع الاتحاد، يعود أمر الفصل فيما إذا كان عدم تقيد الخصم بالقواعد الإجرائية التي فرضتها الولاية للحصول على الحقوق الفيدرالية، يعتبر تخليا عنها^(١). ذلك أنه مما ينافي التخلي عن هذه الحقوق، أن تفقر القواعد الإجرائية التي حددتها الولاية لاقتضاءها، إلى الحد الأدنى من الفرص المعقولة للحصول عليها، كسماع أقوال الخصم وتحقيق دفاعه.

وللولاية بالتالي أن تجعل إثارة المسائل الدستورية مقصورة على وسيلة دون أخرى، أو في مرحلة زمنية تعينها. فذلك مما يدخل في سلطتها^(٢).

ويتعين دوماً أن يحدد الخصم بصورة جلية المسائل الفيدرالية التي طرحها على محاكم الولاية للفصل فيها، وأن يبين كذلك أسسها بما لا تجهل فيه، حتى تبصرها محكمة الولاية بأكثر قدر من التحديد، وفي الوقت الملائم لمعرضها.

وينبغي أن يلاحظ أن للكونجرس السلطة الكاملة التي يقرر بها اختصاص المحاكم الفيدرالية دون غيرها بالفصل في المسائل الفيدرالية، ويترجح تحتها سلطته في نقل المسائل الفيدرالية من محاكم الولاية إلى للمحاكم الفيدرالية، كلما وجد ذلك ملائما.

٤٣٢- وما تقدم مؤداه: أن القضاء الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية، لا يختص بمراجعة قضاء الولاية إلا إذا صدر حكم عنها في المسائل الفيدرالية. أما المسائل المحلية للولاية، فلا شأن للقضاء الفيدرالي بها، وهو ما يكفل لكل ولاية استقلالها قضائيا وتشريعيا. وكان منطوقا بالتالي أن تحظر القوانين الفيدرالية على المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تتصل في مسائل محلية تتعلق بالولاية، كالفصل في مشروعية قراراتها الصادرة وفقا للنظم المعمول بها فيها. وحتى بالنسبة إلى المسائل الفيدرالية، فإن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لا اختصاص لها بنظرها، إذا قام الحكم الصادر في الولاية على دعامين إحداها فيدرالية وأخرها

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).

(٢) Williams v. Georgia 349 U.S. 375, (1955).

غير فيدرالية، وذلك بشرط أن يكون للدعامة غير الفيدرالية ذاتيتها واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية بما يسوغ عقلا فصلها عنها؛ وأن تكون الدعامة غير الفيدرالية ملائمة وكافية وحدها لتأسيس قضاء الحكم عليها.

ويتعتبر شرط ملائمة الدعامة غير الفيدرالية، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية، ضمانا لحماية مصلحة الولاية في تطبيق وتطوير تشريعاتها الإجرائية والموضوعية.

فلو أن حكما صدر لمصلحة المتهم بناء على كل من دستور الولاية ودستور الاتحاد، فلن مراجعة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لهذا الحكم، لا تجوز لزولا منها على قواعد توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الولايات من جهة، والقضاء الفيدرالي من جهة أخرى. ذلك أن هذه القواعد بضوابطها تتوخى ما يأتي:

١. ضمان استقلال قوانين الولايات وتوكيد ذاتيتها، بما في ذلك تطبيقها لامتيازها المحلية التي قد توفر لمواطنيها حقوقا أكثر شمولاً من تلك التي ينص عليها دستور الاتحاد.

٢. ضمان سمو القوانين الفيدرالية وتوحيد تطبيقاتها من خلال تقريب المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، لأخطاء محاكم الولاية في شأن الأسس الفيدرالية التي تقوم أحكامها عليها.

٣. دعم النظام السياسي في الولاية من خلال تحية أحكامها للقائمة على تطبيق القوانين الفيدرالية بما يناقض قواعدهما.

على أن الطريقة تعمل دائما في اتجاه تحويل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية سلطة مراجعة قضاء الولاية إذا كان الحكم الصادر فيها يرتكز بصفة رئيسية على القانون الفيدرالي، أو يزوج بين القانونين الفيدرالية والقوانين المحلية، وكان ظاهر الحكم لا يدل على ملائمة الدعامة غير الفيدرالية التي استند إليها، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية. وهو ما يتحقق إذا صدر الحكم بافتراض أن مضمونه لا ينافي للقوانين الفيدرالية، وإنما يطابقها^(١).

(١) Michigan v. Long 463 U.S. 1032 (1983)

وينبغي أن يلاحظ أن القوانين الإجرائية المعمول بها في الولاية، هي التي تحدد الكيفية التي تقدم بها المسائل الفيدرالية إلى محاكم الولاية، ما لم يكن للقانون الفيدرالي الموضوعي قد قرن لالتضاء الحقوق الفيدرالية بتحديد القواعد الإجرائية المتعلقة بطلبها والتداعي بشأنها.

فإذا لم يلتزم المدعى في الخصومة الدستورية بالقواعد الإجرائية التي حددتها قوانين الولاية أصلاً للنظر في المسائل الفيدرالية، فإن محكمة الولاية قد تقضي ضده بغير خوض من جانبها في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها.

وتفصل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية -رباعبارها السلطة النهائية التي تحدد ما يدخل في ولايتها- فيما إذا كانت المسألة الفيدرالية قد تم عرضها على محكمة الولاية بصورة كافية ومليمة، وذلك حتى لا تخل مصلحة الولاية في تطبيق قواعدها الإجرائية، بالأمس المنطقية لعرض المسائل الفيدرالية عليها.

فإذا كانت القواعد الإجرائية في الولاية جديدة كل الجدة بحيث لم تتح للمدعى في الخصومة الدستورية فرصة حقيقية للخضوع لها، فإن استيفاء هذه القواعد لا يكون مطلوباً كشرط للنظر في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها^(١). وكذلك الأمر إذا كان تطبيق محاكم الولاية لقواعدها الإجرائية خاضعاً لمطلق تقديرها^(٢) أو كان تطبيقها يفرض قيوداً ثقيلة الوطأة على الحقوق الفيدرالية بما يعرفه -وفي غير مصلحة ظاهرة للولاية- فرص الحصول على هذه الحقوق^(٣).

(١) *Reece v. Georgia*, 350 U.S. 85 (1955); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 457 (1958).

(٢) *Williams v. Georgia*, 349 U.S. 375 (1955).

(٣) *Henry v. Mississippi*, 379 U.S. 443 (1965).

المبحث الحادى عشر

امتياز الفصل فى خصومة دستورية لا تتوافر اركانها

فيها مصلحة شخصية مباشرة

٤٣٣- يركز شرط المصلحة للشخصية المباشرة على من يقوم الخصومة للدستورية طلبا لحقوق يدعيها أمام قضاة الشرعية الدستورية^(١). إذ يتعين على المدعى فيها أن يذلل أولا على أن ضرا وإلحاق Injury in Fact قد أصابه فعلا من جراء تطبيق النصوص القانونية المطعون عليها في حقها، أو أن هذا الضرر يهدده من وراء هذه النصوص المطعون مخالفتها للدستور. وعليه أن يبين كذلك أن هذه الأضرار الواقعية ناجمة عن النصوص القانونية المطعون عليها لتتكون هذه النصوص سببها أو مصدرها Causation Requirement، وأن بالإمكان تسوية الأضرار التي أحدثتها فعلا أو التي تتهدده عقلا، من خلال ترضية قضائية تتركها وتحيط بها، وتقدم الوسائل الملائمة لجبرها Redressability.

٤٣٤- وهذه الشروط جميعها والتي تقوم بها المصلحة للشخصية المباشرة، هي التي جمعتها المحكمة الدستورية العليا بقولها.

>>> شرط المصلحة الشخصية المباشرة- يتفيا أن تفصل المحكمة للدستورية العليا فى الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من محلياتها النظرية وتصوراتها المجردة. وهو كذلك يقيد تدخلها فى تلك الخصومة القضائية، ويرسم ثغوم ولايتها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر فيها الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالتقدير اللازم للفصل فيها. ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر وشيكا يهددهم، أم كان قد وقع فعلا. ويتعين دوما أن يكون هذا الضرر منفصلا عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلا بالخصائص التي يقوم عليها، ممكنا تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، علاندا فى مصدره إلى النص

(١) تركز الخصومة الدستورية بصفة رئيسية على الطرف الذى يسعى للحصول على الترضية القضائية من المحكمة، وبصفة ثانوية على المسائل الدستورية التي يطرحها عليها للفصل فيها. وتلك خاصية جوهرية يتميز بها شرط المصلحة عن غيره من العناصر التي يرتبط بها -تقنيا- الفصل فى هذه الخصومة.

Flast v.Cohen, 392 U.S. 83, 99 (1968).

المطعون عليه. فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أقاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، إن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها. ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعنيهم بوجه عام، أو أن تكون نافذة يعرضون من خلالها ألوأنا من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية بطروحاتها لا يثبتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص للمطعون عليه بها. بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها -التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وحرمانهم وأموالهم- بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إصالتها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها للدفاع، ولا تعرض عنها تراخياً. ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً وذهائياً، وأن تكور وجوباً وعما مع تلك الأضرار التي تستل بعناصرها، ويكون ممكناً إدراكها لتكون لها ذاتيتها.

ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهماً أو منتحلاً أو مجوداً *In abstracto* أو يقوم على الافتراض، أو التعمين *Conjectural*.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه، لا ليؤمن يدعواه الدستورية -ركائس عام- حقوق الآخرين ومصلحتهم، بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه *In Concreto*.

٤٣٥- وللزما بهذا الإطار، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي^(١).

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥- لمادة رقم ٢ من ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ويبين كذلك من قضاء هذه المحكمة أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتحقق إلا بتوافر شرطين أو عنصرين يكاملان معا في تحديد مفهومها:

أولهما: أن يقيم المدعى في الخصومة الدستورية -وفي حدود الصفة التي اختصم بها النصوص المطعون عليها- أدليل على أن ضررا واقعا قد أصابه من جراء تطبيق هذه النصوص في حقه. ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا، وأن يستقل بمصادره، وأن يكون بالإمكان إدراكها ومواجهتها بالتراضية القضائية.

ثانيهما: أن تعود الأضرار المدعى بها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، فلا تكون هذه النصوص إلا سببها، وإليها ترد هذه الأضرار باعتبار أنها هي التي أحدثتها ورببتها.

وتلك هي علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية المطعون عليها باعتبارها أداة تحقيق هذه الأضرار^(١).

وتتحقق جهة الرقابة على الدستورية بنفسها من توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة باعتباره من الشروط الجوهرية التي لا تقبل الخصومة الدستورية في غيبتها، ويبلور هذا الشرط كذلك فكرة الخصومة في الدعوى الدستورية؛ ويؤكد حدة التناقض بين مصالح أطرافها، طلبا لحقوق بنواتها تمثل فيها المنفعة القانونية التي أقام المدعى دعواه لاقتضاءها. ومن ثم يكون المعصّل على هذه الحقوق غاية نهائية لهذه الخصومة التي لا ترتبط المصلحة فيها بتوافق النصوص المطعون عليها مع الدستور أو تخالفها.

وليس لمحكمة الموضوع أن تتحقق بنفسها من توافر شرط المصلحة في الخصومة الدستورية أو تخلفه. ذلك أن لكل من الدعيين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما، ولا تتحدان في شرائط قبولهما.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٠ -ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا وأنظر كذلك دستورية عليا القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة أول يناير ١٩٩٤- القاعدة رقم ١١ -ص ١١٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وإنما تستقل كل منهما عن الأخرى في موضوعها. وكذلك في الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها^(١).

وتظهر الحكومة أمام المحكمة الدستورية العليا، وفقا لقانونها، إما باعتبارها طرفا ذا شأن في كل خصومة دستورية -إيا كان موضوعها أو المدعين فيها- فلا يرتبط متولها فيها -وعملا بنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا- بمصلحتها الشخصية المباشرة، بل يكون واقعا بقوة القانون بقصد إعلامها بمضمون ونطاق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، حتى تحدد موقفها من المطاعن التي نسبها المدعى في الخصومة الدستورية إلى هذه النصوص، وتقدم أوجه دفاعها بشأنها خلال المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا^(٢)، وإما بوصفها مدعية في خصومة دستورية تقيمها بنفسها نحا على نصوص قانونية تراها مخالفة للدستور. وفي هذه الحالة لا تقبل هذه الخصومة إلا بتوافر مصلحتها الشخصية والمباشرة في رفعها.

ذلك أن من غير المتصور أن توجه جهودها للدفاع عن نصوص قانونية ظاهر بطلانها، وإلا صار دورها منحصرا في العمل بلا كلل علي إجهاض مطاعن يوجهها الأفراد إلى النصوص القانونية، وكأن مخالفة للدستور واقعة في إطار مهامها..

ومن ثم كان منطقيا، بل ضروريا، أن يكون للحكومة الدور الأكبر في بناء الشرعية الدستورية، وأن يكون دفاعها عنها صراما، ولو من خلال الخصومة الدستورية تقيمها لرد عدوان على حقوق كلها الدستورية لها.

(١) "دستورية عليا" -للقضية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٢٣

ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها

(٢) "دستورية عليا" -للقضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٦

ص ٢٢٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن هيئة

المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا هي التي تتولى تحضير الدعوى الدستورية بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا. ثم تد في النهاية رأيا المحايد في شأن الجوانب الواقعية والقانونية والدستورية لهذه الدعوى.

أظهر كذلك القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٩٠ ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من هذه المجموعة.

٤٣٦- وفي مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتعين أن يلاحظ أن ثمة مسائل دستورية تترك المواطنين في مجموعهم، أو تثير اهتمام فريق عريض منهم. فلا يكون طلبهم الفصل فيها واقعاً في اختصاص جهة الرقابة على الدستورية التي لا يحنها غير الخصومة الدستورية التي تتخا صون للحقوق الشخصية لرافعها ورد العدوان عليها. ولا كذلك المسائل الدستورية العريضة في اتساعها، والتي يتقاسم همومها أشخاص يعينهم أمرها بوجه عام Generalized Grievances ويصوغونها في صورة مجردة. ولا يتصور أن تعالجها غير السلطة التشريعية المنتخبة بالنظر إلى عموم مشكلاتها. وتعلقها بغير غير من المواطنين، يشارك بعضهم بعضاً فيها^(١) كأن ينعى مواطن عن عقوبة الإعدام التي فرضها المشرع أنها لا تصدر بإجماع آراء قضاة المحكمة التي أصدرت الحكم، أو أن الطعن فيها لا يقع بقوة القانون، أو أنها عقوبة قاسية. وكذلك إذا لم يكن المواطن مقيماً في الدائرة الانتخابية التي يطعن في القانون الخاص بتقسيمها. فذلك كله مما يدخل في عموم المسائل التي يهتم المواطنون بها بوجه عام.

وإذا كان الأصل في الخصومة الدستورية ألا تقبل إلا إذا أقامها المدعى فيها طلباً لحقوق يختص بها Of His Own فإن نظر هذه الخصومة لا يجوز بالتالي كإصل عام- إذا كان موضوعها خاصاً بحقوق آخرين Third Party. وهو ما اطرد عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما أقرته من أنه لا يجوز كإصل عام أن يقدم المدعى دعواه الدستورية ليصون بها حقوق الآخرين ومصالحهم، وإنما يجب أن يتخا بها ضمان تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حمايتها In Concrete^(٢).

ويتعين دوماً أن تكون الحقوق التي يختص المدعى في الخصومة الدستورية بها، والتي يقيمها لرد العدوان عليها، من الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع، ووالعة في منطقة المصالح التي يكفلها.

٤٣٧- وقد يكون المدعى في الخصومة الدستورية هو السلطة التشريعية ذاتها، أو منظمة تتاضل من أجل الدفاع عن حقوق تملكها وفقاً للدستور. وتظل المصلحة الشخصية المباشرة هي مفهومها المتطور تعبيرا- لا عن حقوق يدعيها رافعها من خلال خصومة بشريها التجهيل- وإنما عن حقوق قاطعة في وضوحها يشذ النزاع حولها بين طرفي الخصومة الدستورية، فذلك وحده

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984); Gladstone Realtors v. Village of Bellwood, 441 U.S. 91 (1979).

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٨ ص ٦٢٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

هو ما ينير الطريق لجهة الرقابة على الدستورية، كي تفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها، لها كان قدر صغوبتها.

بما مؤداه أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتوخى ألا يجر قضاء الشرعية على الدستورية إلى الفصل في خصومة دستورية لا تزال عناصرها في دور التطور^(١)، ولا في نزاع مع السلطتين التشريعية والتنفيذية لا طائل من ورائه. ذلك أن تجنبها مثل هذا النزاع المقيم وإن كان من واجباتها؛ إلا أن من مهامها كذلك ألا تتصل عن كل مواجهة تكون للسلطة التشريعية أو التنفيذية طرفاً فيها. ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية مركز خاص في مجال فرض كلمة الدستور وإعلائها. وليس لها أن تنظر إلى المسائل الدستورية التي تفصل فيها باعتبارها عناصر دخيلة أو عرضية على وظائفها القضائية. إذ يعكس الفصل في هذه المسائل جوهر وظائفها. كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية هي الأكثر قدرة على تطوير الدستور، وعرض القيم التي يحضنها، لا تنقيدها في ذلك بغير الخصومة القضائية كإطار وحيد للفصل في المسائل الدستورية.

المطلب الأول

عناصر للمصلحة الشخصية المباشرة

٤٣٨- في قضاء المحكمة الدستورية العليا، تقوم المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية على اجتماع العناصر الآتية:

أولاً: أن يكون المدعى في هذه الخصومة قد أضر شخصياً من النصوص القانونية التي نعى عليها مخالفتها للدستور.

ثانياً: أن تقوم علاقة منطقية بين النصوص المطعون عليها، والأضرار التي يقال بأن هذه النصوص قد أحدثتها، بما يجعل هذه النصوص سبباً لتلك الأضرار ما كان منها قائماً أو وشيكاً Actual or threatened injury. فإذا تعذر رد الأضرار التي يدعيها إلى النصوص المخطون عليها، تمن الحكم بانتفاء مصلحته الشخصية في طلب إبطالها.

(١) لقضية رقم ٢٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٦٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

ثالثاً: أن تتحدد هذه الأضرار على نحو يكفل إدراكها، ومواجهتها بالترضية القضائية لتسويتها. وشرط ذلك هو تعينها بما ينفي التجهيل بها، وأن يكون رد المضار التي رتبها النصوص المطعون عليها في شأن من أصابهم بعينها، مما يدخل في ولاية الجهة القضائية.

٤٣٩- ولأن الأضرار الواقعة الناجمة عن تطبيق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور لا تتعلق إلا بالمدعى في الخصومة الدستورية التي ما رفعها إلا لرد أثارها وتسويتها من خلال الترضية القضائية التي يطلبها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن يقدم الدليل على الأضرار التي يدعيها.

وكما افترض المشرع بنص قانوني، تحقق مضار بعينها في أشخاص بذواتهم من جراء أعمال حددها، جاز لهؤلاء جميعهم أن يقدموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم التي جحدتها هذه الأعمال، بعد أن افترض المشرع تحقق مصلحتهم في إنهاء أثارها^(١).

ويظل الأصل في الخصومة الدستورية، هو أن يبرهن رافعها على أن ضرراً شخصياً واقعاً قائماً أو راجح الوقوع -لا تصوراً فرضياً أو تخيلاً- قد لحق به من جراء عمل يناقض الدستور، سواء كان هذا الضرر حالاً، أم كان يتهدده؛ قائماً أم راجحاً تحققه. فلا يكون مطلوناً أو متوهماً أو متجسداً أو مستعصياً على التحديد، أو واقعاً في إطار عام يشمل المدعى وغيره من المواطنين، بما يحول دون تمييزه عن الآخرين في العناصر التي يقوم عليها^(٢).

وهذا المعيار العام في تحديد الأضرار الشخصية الواقعية التي ترتبط بها المصلحة المباشرة في الخصومة الدستورية، يستحيل تطبيقه بصفة آلية في كل خصومة بغض النظر عن وقتها وظروفها. وإنما تخوض جهة الرقابة على الدستورية في عناصر كل خصومة على حدة، وتستظهر مفرداتها كي تحصها استقلالاً عن سواها. فإذا كان إمساکها بهذه الأضرار، وإدراكها لحقيقتها وأبعادها غير مستطاع لتعذر تشخيصها، فإن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يكون منقضيًا.

(١) See Monaghan, "Constitutional Adjudication: The who and when", 82 Yale law journal, 1363, 1375- 79 (1973); Laurence H. Tribe, American Constitutional Law. Second edition, p 112.

(٢) Gladstone, Realtors v. Bellwood, 441 U.S. 95, 113 (1983).

بما مؤده أنه في مجال تقييم الأضرار التي يقول المدعى بأن النصوص القانونية المطعون عليها، قد أحدثتها؛ فإن تحديدها على ضوء معيار عام يحيط بصورها جميعها، لا يتصور. والأدق أن ينظر لكل حالة على حدة، وأن يكون تقييمها على ضوء طبيعة الأضرار المدعى بها وخصائصها، وأن تستبعد منها تلك المضار التي يتحذر تحديدها بدرجة كافية تؤهل لتقييمها، وتقرير الترضية القضائية التي تناسبها.

ويكفي بالتالي أن يكون الضرر المدعى به ماثلاً، وليس شرطاً أن يكون مكتمل العناصر وقت رفع الخصومة الدستورية. بل يجوز أن تستوفي هذه العناصر صورتها مستقبلاً، وإلا صار وقوع الضرر فعلاً - لا رجحان حدوثه - شرطاً في الخصومة الدستورية. فلا يكون مذهب قبولها مضار متوقعة عقلاً بل قائمة فعلاً. وفي ذلك تضيق الرقابة على الدستورية دون مقتض^(١).

فالمخاطبون بالجريمة يستطيعون التذليل على نطقها بالفعال لا يجوز - من منظور اجتماعي - تأنيبها، أو أن العقوبة التي حددها المشرع لها، بنفط تناسبها بصورة ظاهرة ودرجة خطورة هذه الجريمة؛ أو أن النص العقابي يفترض المسؤولية الجنائية بدلاً عن إثباتها؛ أو تمحض عقاباً عن الفعل الواحد أكثر من مرة؛ أو أخل بحرية العقيدة؛ إلى غير ذلك من صور إهدار أو انتقاص الحقوق التي كلها الدستور.

وقد تكون الأضرار الواقعية التي يثبتها المدعى في الخصومة الدستورية من طبيعة اقتصادية. ومن ثم تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، شأنها في ذلك شأن الأضرار الواقعية غير الاقتصادية. فإذا صدر في شأن مشروع - خاص أو عام - قانون من شأن تطبيقه فصل بعض العاملين فيه من غير المواطنين، *A soon-to-be-discharged alien employee*، فإن الضرر الذي يصيبهم يكون اقتصادياً في طبيعته بما يخولهم الحق في دفعه عنهم من خلال الخصومة الدستورية التي يستنهضون بها ضمان تساويهم في سوق العمل مع المواطنين^(٢) *The Equal protection Clause*.

(١) يتحقق الضرر الحال أو المهدد به في الأعم من الأحوال من خلال الإخلال للنصوص القانونية كإكالة الحقوق *Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 500 (1975).*

(٢) *Traux v. Raich, 239 U.S. 33 (1915)*

في هذه القضية كان قد صدر قانون بولاية أريزونا يعاقب بمقاب بمقتضاه رب العمل الذي يستخدم أجانب بجوازون نسبة التي حددها هذا القانون.

وقد يخل القانون بالتوازن في العلائق الاقتصادية بين المخاطبين بأحكامه، كان يظن
أسواق التجارة في وجه بعضهم؛ أو يحول دون تكاليف المشروع من خلال صور من الاحتكار
يمنحها لبعضهم، ولو لم يكن الاحتكار كاملاً^(١) أو يحمل المستأجرين بأعباء لا تتوافر لديهم
بمسبها أموال سائلة يستخدمونها في شراء احتياجاتهم؛ أو يجرّد بعض الناس من ملكيتهم دون
تويض؛ أو يصادر جانباً من أموالهم بغير حكم قضائي؛ أو يفرض تهريبهم سلماً قاموا
بامتلاكها؛ أو يفرض عليهم ضريبة تقتدر إلى موازن العدالة الاجتماعية، أو يقرن مجرد التأخير
في دفعها، ولو ليوم واحد، جزاء صارم باهظ التكلفة.

ففي هذه الصور جميعها، تتوافر للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة في الطعن على
دستورية النصوص القانونية التي تفل بحقوقه التي كفلها الدستور، كالق في ضمان العدالة
الاجتماعية عند فرض الضريبة؛ وفي التوازن في العلائق الإجارية؛ وفي صون الملكية الخاصة؛
وفي أن يتحمل المواطنون وفق قواعد موحدة أعباءهم المالية؛ وفي مقابلة التزاماتهم بحقوقهم في
صورة منطقية.

ولا كذلك الخصومة الدستورية التي يقيمها أحد الممولين لضريبة ما، والتي ينازع بها
-رب قصد خفض مقدار الضريبة التي يتحملها- في كيفية إنفاق الدولة التي فرضتها لإيرادها
العالم.

ذلك أنه حتى بافتراض سوء إنفاقها لهذه المولد وصرفها لها في غير وجهتها، إلا أن
سفهها أو سوء تديرها لثغونها من خلال إنفاقها لأموالها في غير موضعها، ليس ضرراً بذل هذا
التمول وحده، بل هو من قبل الهموم التي يعثر المواطنون جميعهم شركاء فيها، والتي تلبس
قيمهم ومصالحهم الأيديولوجية التي يدافعون عنها بوجه عام Generalized ideological
interests. فضلاً عن أن من غير المحقق أن تفرض الدولة الضريبة بقدر أقل من مبلغها المقرر
قانوناً إذا قام الدليل على إسائها استخدام أموالها وإنفاقها لها في غير مصلحتها المقررة قانوناً.
فلا يكون لهذا الممول بالتالي مصلحة شخصية ومباشرة في دعواه الدستورية.

(١) Association of Data Processing Service Organizations v. Camp, 397 U.S. 150 (1970);
Harden v. Kentucky Utilities Co. 390 U.S. 1 (1968).

على أن ما تقدم لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق. فالمعونة المالية التي تقدمها الدولة لدعم عقيدة تصطنعها وترجيحها على ما سواها من العقائد، يجوز لطنح بعدم دستورتها في الدول التي لا دين لها.

لا لأن هذه المعونة تتمحض بتذيرا تبسط به الدولة يدها لإفلاق المال العام في غير أوجهه، وإنما لأن تقرير هذه المعونة أو منعها، يخل بتكافؤ الأديان فيما بينها، وبامتناع الانحياز لواحدة منها إضراراً بغيرها^(١).

كذلك فإن فرض الدولة لأعباء تعليمية متفاوتة على الطلبة، وتمييزها بينهم بالنظر إلى درجة ثرائهم، يناهض تماويلهم في الحقوق التي يملكونها قبل معادهم التعليمية. ويناقض كذلك وحدة العملية التعليمية وتكامل مراحلها وضرورة النفاذ لها وفق شروط موحدة. لا تمييز فيها بناء على الثروة. ولهؤلاء الطلبة بالتالي وكذلك لأبائهم حق المنازعة في دستورية هذه الأعباء^(٢).

كذلك تقوم للمدعي في الخصومة الدستورية مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن على السياسة التي تنتهجها الدولة لتنظيم أوضاعها البيئية وحمايتها من ملوثاتها. ذلك أن سياستها هذه -التي قبلورها تشريعاتها- لها جوانبها الإيجابية والسلبية التي تؤثر في نوعية الحياة التي يعيشها المدعي؛ شأنها في ذلك شأن سياستها الاقتصادية التي تؤثر في درجة رخلته. وذلك كله بشرط أن يكون للأضرار التي يعانيها من جراء ذلك، ذاتيتها التي لا تغتبط بأضرار المواطنين في مجموعهم، ولو لم تكن الأضرار التي أصيب بها، منفردة بخصائصها Unique to the litigant.

ذلك أن المصلحة الذاتية لكل شخص في بيئة نظيفة، لا يجهضها أن يكون هذا الاعتبار ملحوظا كذلك عدد آخرين يعيهم أن تكون بيئتهم مجردة من ملوثاتها. فالمصلحة الذاتية التي يقوم الدليل عليها، لا ينحيا توافق آخرين مع مراميها وتقسيمهم اهتماماتها، ولا تحل الخصومة الدستورية الفردية، إلى خصومة جماعية.

(١) Everson v. Board of Education 330 U.S. 1 (1947).

(٢) دستورية عليا "القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية" دستورية - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ - ص ١٩٥ وما بعدها من الجزء السابع.

وإنما تظل هذه الخصومة على حالتها، فلا تتجرد من خصائصها الشخصية، ولا تجعل رافعها لئلا يستحقا للترضية القضائية لمجرد أن آخرين يعينهم أمرها، وإن تعين دوماً أن تكون الأضرار الشخصية المدعى بها، ماثلة بعناصرها في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها.

فالخصومة الدستورية التي تقومها جمعية بصفاتها كائنة عن أعضائها، وطعنا منها في الترخيص الصادر لمشروع ما بالتقيام بأعمال التعدين في منطقة لا يتردد عليها أعضاء الجمعية، ولا دليل من الأوراق على أن أعمال التعدين التي قام بها هذا المشروع، من شأنها أن تلحق بهذه المنطقة أضراراً تفل بجمالها أو بالتوازن الأيكولوجي بين عناصر بيئتها، لا يجوز قبولها^(١).

والطلبة الذين يلزمهم القانون بقراءة الإنجيل في مدارسهم، يضارون هم وآباؤهم من سريان هذا القانون في شأنهم، إذا كان الحائط لفاصل بين الدولة والدين، مقررراً بنص في الدستور^(٢).

وليس لازماً أن تكون المصلحة الشخصية المباشرة، قائمة بكل عناصرها وقت المنازعة في دستورية البصوص القانونية المطعون عليها. بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة تقوم على توقي ضرر لا شبهة في إمكان تحديده لبعاده.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن المصلحة الشخصية المباشرة لا يشترط أن تكون قائمة بقرها القانون. وإنما يكفي أن يكون محتملاً تحققها. ذلك أن من غير المنطقي أن يحمل الشخص على إرجاء دعواه الدستورية حتى تتحقق الأضرار التي تهدد بكاملها. وإنما يجوز دائماً أن يتخذ دعواه هذه، طريقاً إلى توقي وقوعها^(٣).

One does not have to await the consummation of threatened injury to obtain preventive relief.

(١) Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972).

(٢) Abington School District v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

(٣) القضية رقم ٢٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٨/٦ - قاعدة رقم ٣ - ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا. وكذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٢٢ جزء ١٨ والقضية رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٧ "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فالذين يقومون في دار لعلاجهم، يؤرقهم التهديد بنقلهم منها إلى مكان آخر أقل في مستواه كفاءة وتنظيماً. فلا تكون الخصومة الدستورية التي يقومونها لمواجهة هذا التهديد، غير توفيق من جانبهم لوقوع ضرر يتهددهم^(١). وهو ما تقرره المادة ٣ من قانون المرافعات بنصها على أن التحوط لمنع ضرر محقق يندرج في إطار المصلحة المحتملة التي تكفي وحدها لتحقيق شرط المصلحة في الخصومة القضائية.

والذين يتهددهم اتهام جنائي إذا خالفوا النصوص للقانونية التي حددها المشرع، ليس عليهم تريض صدور هذا الاتهام لاختصاصها. بل تقبل دعواهم الدستورية التي يتوخون بها إبطالها، حتى لا يظل احتمال صدور هذا الاتهام، سيفاً مسلطاً فوق رؤوسهم.

وصح بالتالي ما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، موداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير هؤلاء الذين أضربوا من جراء سريان النصوص المطعون فيها في شأنهم، سواء كان ما أصابهم من ضرر بسببها قائماً، أم كان وشعيكاً يتهددهم^(٢).

يؤيد هذا النظر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية لا يرتبط بنوع المسائل الدستورية التي تطرحها؛ ولا بطبيعة الترضية للقضائية التي يطلبها المدعي، وإنما يتعلق هذا الشرط بمركز المدعي بالنسبة إلى النصوص المطعون عليها، وبطبيعة الأضرار التي لحقت به من جراء تطبيقها في حقه. وليس لازماً أن تصل هذه الأضرار إلى درجة التوقيين من جهة ثبوتها، بل يكفي أن يكون وقوعها محتملاً، وتعيينها ممكناً. وإن ظل شرطاً في الضرر -ولو كان مستقبلياً- ألا يكون تصورياً، وألا يتعلق بمصلحة لها شأن عام كمصلحة المواطنين جميعهم في ضمان تنفيذ القانون، والتقييد بحريته.

(١) Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991, 1000 (1982).

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٦ - ص ٢٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، أنظر كذلك القضية رقم ٢٤ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٢١ من الجزء الثامن

ذلك أن الخضوع للقانون، وإن كان يؤثر في إنتاجية الفرد، ويحيط أداء العمل بالأوضاع الأفضل للنهوض به، إلا أن فرض كلمة القانون على الكافة، أدخل إلى المفاهيم الأيديولوجية التي تدعو إلى احترامه، وضمان هيئته بناء على مجرد وجوده كقانون^(١).

وبيلما لا يتصور التمييز بين المخاطبين بالقوانين الجنائية من خلال إعفاء بعضهم من تطبيقها وإرضاءها على باقيهم؛ وكان يجوز لمن أصابته هذه القوانين بأحكامها، أن يقيسوا الخصومة الدستورية التي يناهضون بها دستورية هذا التمييز بقصد إنهاء أثره؛ إلا أن غير المخاطبين بالقوانين الجنائية لا يملكون حق الاعتراض عليها، ولا على كيفية تطبيقها، ولو كان عليهم أن يؤخذ المتنون جميعهم بحرفهم، وأن يحيطهم قصاص عادل يأخذ برقابهم، خاصة وأنه لا مصلحة لمواطن في أن يكون غيره بريئا أو مذنباً، متهماً أو مطلق السراح، على تقدير أن مثل هذه المصالح يتعذر تشخيصها^(٢) Judicially cognizable.

وقد اطرء قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، مناطها ارتباطها عقلاً بالمصلحة في الدعوى الموضوعية؛ وذلك بأن يكون الحكم الصادر في الخصومة الدستورية مؤثراً في الحكم الفاصل في النزاع الموضوعي.

فلا تكون المصلحة الشخصية المباشرة غير مصلحة المدعى في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية The personal stake in the outcome of the case التي يفترض أصلاً ألا تكون ثمارها لغيره، وتتضمن كذلك التمييز بين أضرار لها من عمومها واتساعها وتجربتها، ما يربطها بالمواطنين في مجموع ثلثتهم؛ وبين ضرر خاص لا ينطبق بغير شخص معين أو بأشخاص بذواتهم، ولا يصيبهم إلا في مصالحهم الذاتية أو الفردية التي تعكسها طلباتهم الشخصية المحددة عناصرها، والتي يكون تضامم مفرداتها إلى بعضها البعض، محض تعبير عن مجموع مصالحهم الفردية.

An aggregation of specific claims of interests peculiar to particular individuals.

(١) Stewart, The reformation of Administrative law, 88 Harvard Law Review, pp. 1739- 40 (1975).

(٢) Linda R.S.V. Richard D. 410 U.S. 614 (1973).

ولا يجوز بالتالي أن تقبل الخصومة الدستورية ما لم تكن مصلحة المدعى فيها مختلفة عن مصالح المواطنين في مجموعهم.

ذلك أن اندماج مصلحته في مصالحهم يفقدها ذاتيتها، وهي شرط لبيان الحدود الضيقة للخصومة الدستورية التي يطرحها المدعى في نطاق مصلحته الشخصية المباشرة - مفصلاً بوقائعها النصوص القانونية المطعون عليها، وصلتها بالأضرار الواقعية التي سببتها، فلا يكون عرضه لأبعاد هذه النصوص (إلا تعريفاً بكامل عناصرها Complete perspective، ينير من خلالها الطريق إلى جهة الرقابة على الدستورية، فلا تفصل في خصومة يشوبها التجهيل، ولا في غير ضرورة.

ومن ثم تبلور الخصومة الدستورية التي توجهها المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى، مجموع عناصرها، وكامل أبعادها، بما في ذلك الآثار السلبية الناجمة عن تدخل المشرع - بالفعل أو الامتناع - في شأن خاص بالمدعى، لتظهر هذه الخصومة وقد طبعها رفعها بشخصيته، أكثر من كونها تعبيراً عن المسائل الدستورية. التي أثارها من خلالها.

فالذين يملكون أراض حال المشرع دون استثمارها في الأوجه المعقولة لها^(١)، والأباء الذين ألزمهم المشرع بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام لا الخاص^(٢)، والشركة التي حدد المشرع لجور خدماتها^(٣)، والمعلمون الذين حرّمهم المشرع من حق الاجتماع ومن حريتهم في التعبير من خلال صور النشاط التي منعهم من ممارستها^(٤)، والأزواج الذين حظر المشرع عليهم استخدام الوسائل الواقعية من الحمل^(٥)، كل هؤلاء لهم مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تدخل بحقوقهم في استعمال ملكهم في الأوجه التي يختارونها؛ وفي مباشرة أوجه النشاط التي يرون ملامتها؛ إذ هم خصماء لكل هذه النصوص التي وجهها المشرع إليهم، وأصابهم بها، وقصد إرهابهم بأحكامها. ومصلحتهم في دفعها حقيقية وظاهرة نواء تعلق الأمر

(١) Euclid v. Ambler Realty, 272 U.S. 365 (1926).

(٢) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٣) Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908).

(٤) Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

(٥) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

بحقوق ملكيتهم التي أحل بها، أو بمبادئهم ما هو مشروع من صور من النشاط التي اختلجوها. فلا تكون مصلحتهم في الاعتراض على القيود التي حملهم المشرع بها، وفرض تطبيقها عليهم، غير مصلحة حقيقية Tangible interests تلمسها بأيديها جهة الرقابة القضائية.

ويبغى أن يلاحظ أن النصوص القانونية التي يقرها المشرع، قد تلحق الضرر ليس فقط بمن قصدتهم هذه النصوص بأحكامها، ذلك أن المضار التي ترتبها، قد تكال من حقوق الآخرين كظلم الدستور. فالقيود التي يفرضها المشرع على مشروع ما، لخفض بها أسعار منتجاته أو خدماته، تخول هذا المشروع حق الاعتراض على هذه الأسعار من خلال الخصومة القضائية التي يقومها لإنهاء العمل بها. كذلك فإن الذين يتألمون هذا المشروع يجدون أنفسهم في مركز منهم من مزاحمة ذلك المشروع في الأسعار الأقل التي حددها المشرع لمنتجاته وخدماته، لتقوم بهم كذلك مصلحة في الاعتراض عليها؛ وإن ظل ثابتاً أن المصلحة في هاتين الصورتين لا تزول مصلحة شخصية مباشرة قوامها الحقوق الفردية التي يطلبها أصحابها لمواجهة ضرر خاص أصابهم^(١).

ولا كذلك أن تكون المصلحة في الخصومة الدستورية مجردة في خصائصها، أو تتناول ما هو عام من مصالح المواطنين في مجموعهم The Airing of Generalized Grievance. ذلك أن مواجهة هذه المصالح وإنشائها، من مسئولية السلطة السياسية التي اختارتها هيئة الناخبين. إذ هي وحدها الأكثر على تقدير الطول الملائمة لها.

كذلك فإن اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية القوانين، ينحدر إلى وظيفة قضائية تغاير بالضرورة المهام التي يقوم عليها الإمبريومان في بعض الدول.

والمصالح المجردة أو الصومية Interests shared with the larger community of people at large، لا تخصص فيها، ولا تستغل بذاتها، ويستحيل تحديدها من منظور كامل Complete perspective يبلور حقوق الخصومة الدستورية التي لا تتوافق بشأنها مصالح أطرافها، ولكنها

(١) لار أن المشرع حدد أسعار قنكر الركوب في السكة الحديدية، فإن الاعتراض عليها يكون حقاً ليس فقط لمن يديرونها ولكن كذلك للذين يتألمونها كيولاء الذين يتقون الركاب بالمحافلات في الساعات ذاتها.

Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908).

تعارض من خلال تصادمها^(١). وهو ما يناقض شرط المصلحة الشخصية المباشرة في حقيقة معناه. إذ يفترض هذا الشرط أن يكون للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة حقيقية في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان النزاع القائم بين أطرافها دالا على عمق الخصومة القائمة بينهما، وأن لها من حدتها وماديتها ما يجعل تعيين حدود المسائل الدستورية المثارة فيها، ولجبا لا تفريط فيه^(٢).

المطلب الثاني

رابطة السببية بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور،

وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائيا

٤٤٠- تقابل الجهة القضائية في كل خصومة دستورية، بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور، توصلا لتقرير تطابقها معها أو خروجها عليها. ويفترض في هذه النصوص تركيبتها لأثار قانونية أضرت بالمدعى من خلال تطبيقها عليه. وأن ما يتوخاه الخصومة الدستورية التي رفعها، هو إنهاء الآثار التي رتبها هذه النصوص في حق، وجبر الأضرار التي أنتجتها بحكم ملائم يصفونها^(٣) ويتعبير آخر يتعين أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية الدليل على أنه أضير فعلا من جراء تطبيق النصوص للمطعون عليها في حق، وأن الترضية القضائية التي يتوقعها ستزيل هذا الضرر^(٤).

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من صلة بالمضار الواقعة التي يدعيها Injury in fact، فلن علاقة هذه النصوص بتلك المضار The logical nexus تنفصم. ولا يكون إبطالها منتجا في دعواه، إذ يظل مركزه القانوني في الصورة التي كان عليها من قبل، ولو قام الدليل على مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور.

٤٤١- وعلاقة السببية هذه The causation Connection بين المضار المدعى بها من جهة، والنصوص القانونية التي أحدثتها من جهة ثانية، شرط في المصلحة الشخصية المباشرة. وهي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

(٢) Metropolitan Washington Airports Auth. v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise. 501 U.S. 252 (1991).

(٣) Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org., 426 U.S. 26, 38 (1976).

(٤) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 505 (1975).

علاقة لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تنفيها لمجرد التخلص من القضايا التي ترفضها، أو التي لا تميل إليها، أو التي تتوجس خيفة منها^(١)، خاصة وأن علاقة السببية تلك، هي الموطئ إلى الترضية القضائية التي يطلبها المدعى، والتي تتحقق من خلالها مصلحته في رد عدوان المشرع على الحقوق التي كفلها الدستور أو القانون. وذلك من خلال ترضية قضائية يفترض فيها أن تكون ملائمة، وكافية لإنهاء الآثار القانونية المترتبة على هذا العدوان والتعويض عنها.

ومن ثم تظهر علاقة السببية كشرط منفصل عن شرط الأضرار الواقعية في الخصومة الدستورية. وهي علاقة موداها أنه لو لم يكن المشرع قد أقر النص القانوني المطعون فيه، فلن الأضرار التي أحدثها هذا النص، ما كانت للتحقق.

فإذا لم تتولر هذه العلاقة المنطقية بين الأضرار الواقعية وأسبابها القانونية التي تبلورها النصوص المطعون عليها، فإن إبطال قضاة لشرعية لهذه النصوص لا يكون متصورا. ومن ثم تبقى تلك النصوص على حالها لانقسام مجال تطبيقها عن الأضرار الواقعية التي قال المدعى بأنها هي التي أحدثتها.

فالذين يذاعون في دستورية ضريبة طبقت عليهم، ويطلبون الحكم ببراءة نمتهم منها، لا يجابون إلى طلبهم إلا بشرط تعلق الضريبة التي يحدثونها بالنصوص القانونية التي يطعنون عليها. ومن ثم تكون الخصومة الدستورية طريقهم لإبطال الضريبة ولتخلص من أعبائها التي أحدثتها النصوص القانونية التي أنشأتها، وهي أعباء اقتصادية في طبيعتها.

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من شأن بالضريبة التي يذاعون في دستورتها، فإن دين الضريبة يظل قائما في حقهم، ولا يكون طلبهم الحكم ببراءة نمتهم من هذا الدين، مفهوما.

(١) يقول القاضى Brennan أن علاقة السببية التي تتطلبها المحاكم الفيدرالية في الخصومة الدستورية هي كساع

مش تستر وراءه حتى لا تحكم في موضوع النزاع المطروح عليها.

A poor disguise for the Courts view of the merits of the underlying claims.

انظر في ذلك الرأي المخالف لهذا القاضى في قضية

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 782 (1984).

وما تقدم مؤداه أن رد عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور، لا يكون إلا من خلال المنازعة في دستورية النصوص القانونية التي نجم عنها هذا العدوان. وتلك هي علاقة السببية بين المضار الواقعية، والنصوص القانونية التي سببتها.

ويدونها أن تكون الخصومة الدستورية غير خصومة نظرية يقيمها أصحابها لإرهاق جهة الرقابة على الدستورية، ولحملها على الفصل فيها في غير ضرورة، ودون فائدة عابئة يمكن اجتيازها منها. وهو ما لا يجوز حتى في إطار مفاهيم القانون الخاص.

فالمسئولية العقابية جزاء الإخلال بالتزام نشأ عن العقد. فإذا لم يكن ثمة إخلال به، فلا مسئولية. كذلك فإن المسئولية التقصيرية لا تنثر إلا عن فعل غير مشروع أحق بالخير ضرراً. فإذا كان العمل استعمالاً لحق، أو كان غير مشروع، ولكنه لم يلحق ضرراً بأحد، فإن المسئولية التقصيرية عن هذا العمل، تنكس أساساً.

ولئن صح القول بأن علاقة السببية بين المضار وأسبابها، تستقل بذاتها عن شرط الضرر في المصلحة الشخصية المباشرة؛ إلا أن أهميتها تصل إلى حد اعتبارها جوهر هذه المصلحة وقوامها. ذلك أن المصلحة في الخصومة الدستورية شخصية بطبيعتها. والأضرار التي تنفخها هي التي تعود في مصدرها إلى النصوص القانونية المطعون عليها. فإذا تعذر نسبتها إليها، فلا مصلحة.

وتقسم المشرع للدوائر الانتخابية، بغول كل مقعد فيها حق الاعتراض ليس فقط على الكيفية التي حدد بها المشرع تقومها، وإنما كذلك بالنسبة إلى عدد المقاعد التي اختصها بها. إذا صار لأصوات ناخبها وزن أقل من الوزن المعطى لأصوات ناخبين آخرين في غيرها من الدوائر الانتخابية *Malapportionment*. بما يمايز بين بعضها البعض، فلا يكون تمثيلها جميعاً في المجالس النيابية متناسباً قدر الإمكان مع عدد سكان كل منها^(١) *Districts Under Represented*.

٤٤٢- إذا كان ما تقدم، وكان شرط المصلحة الشخصية المباشرة يركز على الخصم الذي تثار المسائل الدستورية أكثر من تركيزه على هذه المسائل ذاتها، فذلك لأن هذه المصلحة هي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

التي تكفل شخصية المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهي التي يطرح الطاعن على ضررها على جهة الرقابة على الدستورية، للنظرة المتمثلة للخصومة الدستورية في ولعائتها وأدلتها، ومن جهة الأبعاد الأوثق لتصالا بالمضار التي أحدثتها النصوص القانونية المطعون عليها، فلا يكون عرضها حديثا في فراغ، ولا قولا مجملا بخير دليل.

كذلك يعتبر شرط المصلحة الشخصية متصلا بالوظيفة القضائية ذاتها التي تحول دون الفصل في المسائل الدستورية في غير ضرورة. ويرتبط كذلك بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ مقتضاه مباشرة جهة الرقابة على الدستورية لوظيفتها في الحدود التي رسمها الدستور لها. وهي حدود تلزمها بالألا تقبل خصومة دستورية لا تريد عن كونها تعبيراً في الفراغ عن وجهة نظر يرد الترويج لها أو الحض عليها.

وإذا جاز القول بأن من المفترض في نصوص الدستور جميعها أنها مقصورة لصالح المواطنين في مجموعهم، فلا يجوز حرمان أحدهم من الاحتواء بها، إلا أن إطلاق هذه القاعدة في نطاق الخصومة الدستورية بما يجعل شرط المصلحة الشخصية المباشرة غير لازم فيها، مؤداه أن يعتبر اللجوء إلى جهة الرقابة على الدستورية مطلقاً من كل قيد محقول، وبما يدخل الناس جميعهم التدخل من خلال الخصومة في كل الأعمال الحكومية التي لا يرون صوابها، أو يقدرون عدم ملائمتها.

على أن هذا القضاء المقارن في مجال الرقابة على الشرعية للدستورية، وإن توخى ألا يقدم قضاءاً شرعية الدستورية أنفسهم في كل شيء حتى في المسائل الدستورية للتسي لا يجوز الفصل قضائياً فيها، إلا أن كثيرين يتخوفون من مغالاة قضاء الشرعية الدستورية، أو تزميتهم في مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، بما يعوقهم عن النظر في مسائل دستورية لها من حيويتها وخصوبتها، ما يجعلها أكثر تذكيراً في مصالح المواطنين في مجموعهم؛ خاصة وأن الغرض في علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية التي أحدثتها؛ من أكثر المسائل تعقيداً وغموضاً في مجال الرقابة على الدستورية^(١). وقد تكبحها عن مواجهة نزاع يوقعها في حرج الصدام مع السلطتين التشريعية أو التنفيذية.

(١) W. Prosser, Handbook of the Law of Torts, chapter 41, 4th edition, p. 236, 1971.

إلا أن علاقة السببية تظل لازمة لضمان تقييد جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالحدود المنطقية لولايتها التي لا يجوز معها أن تتحول وظيفتها القضائية إلى عمل من أعمال التبرع بعبء لمن يطلبها. وتظل علاقة السببية بين المضرار وأسبابها، جوهر الخصومة الدستورية. إذ بدوؤها يصير الفصل في دستورية النصوص القانونية التي لا تربطها صلة بالمضرار المدعى بتحقيقها، عقبا.

للمطلب الثالث

الدفاع عن حقوق الآخرين

The Third Party Standing

٤٤٣- من المسائل التي يحرص قضاء الشرعية الدستورية على توكيدها، هو أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية الدليل على أن الحقوق التي يطلبها تتعلق به لا بغيره، وأن المصالح التي يترخى تحقيقها تدخل في منطقة المصالح التي يحميها الدستور أو المشرع^(١).

وتتغيا قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق لآخرين^(٢)، استبعاد القضايا التي يكون مطلبها اقتضاء هذه الحقوق. وهي بعد قاعدة لا إطلاق فيها؛ وإنما تقتلها صور من الخروج عليها تعتبر استثناء منها، وتبلور في مجموعها السياسة التي ينتهجها قضاء الشرعية الدستورية في مجال الخصومة الدستورية التي يكون هدفها الدفاع عن الآخرين ومصالحهم^(٣) Jus Tertii .

وهذه القاعدة التي لا يجوز معها ركاض عام- أن يقدم المدعى دعواه الدستورية للدفاع عن حقوق كفلها الدستور أو المشرع لآخرين؛ علتها ما هو مفترض من تحوط قضاء الشرعية الدستورية في مباشرتهم للولاية التي كلفهم الدستور بها. فلا يفصلون في غير ضرورة في مسائل دستورية لها دقتها ومخاطبها^(٤). ذلك أن واجبهم الأول هو عدم الفصل في مسائل دستورية قبل أنائها، أو في مسائل دستورية يستلعمون تجنبها. وهو مالا يتحقق في الدفاع عن حقوق لآخرين يفترض أنهم يصنون تقدير مصالحهم؛ ولهم يحدون خطاهم على ضوئها. فإذا لم يقيموا

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984).

(٢) Tileston v. Ullman, 318 U.S. 44 (1934).

(٣) Manoghan, Third Party Standing, 84 Columbia law Review 277, 278 n. 6 (1984).

(٤) Wrath V. Seldin' 422 U.S. 490, 499 (1975).

الخصومة الدستورية لطلبها، دل ذلك على أن مصالحهم هذه غير مهددة أو أنهم عزلون عن الدفاع عنها واستنهاض وسائل حمايتها التي تتوافر لهم بها فرص إيضاح مطالبهم بأنفسهم بوصفهم أكثر من غيرهم على بيان وجه الحق فيها^(١).

فالأصل أن لا يفصل قضاء الشرعية الدستورية في حقوق لم يطلبها أصحابها بأنفسهم، ولم يحرصوا على المتول أمامهم للدفاع عنها. بما يجعل بأبعادها ويأوجه التناقض القائم بين مصالحهم ومصالح غرائهم، ويفترض كذلك في الغالبين عن الخصومة الدستورية، أنهم لا يكثرثون بإكثار الحقوق التي طلبها غيرهم لحسابهم دون تفويض منهم؛ إذ لو كان الأمر يعينهم حقاً، لحرصوا على انتزاع حقوقهم هذه بأنفسهم من خلال خصومة دستورية يقومونها لطلبها والدفاع عنها بالعزيمة والإصرار للكافرين.

٤٤٤- على أن قاعدة عدم جواز الدفاع في الخصومة الدستورية عن حقوق الآخرين، يرتبط تطبيقها بموجباتها، فلا تقوم هذه القاعدة بزوال مبرراتها، وإنما تخطى مكانها لصور من الاستثناء منها تصل في اتساعها إلى حد ابتلاع القاعدة ذاتها.

ويدل إمعان النظر في صور الاستثناء هذه، على أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها، وإنما ترتبط في واقعها بحقوق الأصلاء - لا الأعيان - في الخصومة الدستورية *The First Party Rights* لأنهم وإن ظهروا فيها وكأنهم يطلبون حقوقاً لآخرين؛ إلا أن طلبهم لهذه الحقوق من خلال الخصومة الدستورية، يكتل حقوقهم الخاصة التي يتمتعون بها وفقاً للدستور^(٢).

ومن ثم يقبل قضاء للشرعية الدستورية كل خصومة تتوخى الدفاع على حقوق الآخرين، كما قام الدليل لديهم على أمرين:

أولهما: أن ترلخي الآخرين في الظهور أمامها للدفاع عن حقوقهم، مسرده إلى عائق أو صعوبة عالية جوهرية *A genuine obstacle* منعتهم من طلبها بأنفسهم ولصالحهم. ومن ذلك أن يكون الآخر مختلاً عقلياً أو غير قادر على النفاذ إلى المحكمة أو عاجز عن تمثيل مصالحه بنفسه بناء على وجه آخر *United States v. Hays, 115 S.ct. 2431 (1995)*.

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106, 113 - 14 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, *ibid*, p. 136; Holland v. Illinois, 493 U.S. 474 (1990).

ثانيهما: أن يكون متوقفا عقلا من المدعى في الخصومة الدستورية، أن يناضل بضراوة من أجل الدفاع عن حقوق الآخرين التي طلبها في دعواه، وأن يظهر أبعادها بما يحيط بها كي يكون خصما حقيقيا مجلبها غراماء يملضون دعواه^(١).

وبدل مراجعة القضاء المقرر للحق في الدفاع عن مصالح آخرين، على قدر كبير من التردد والتخبط. ولما كان قدر هذا للتردد أو التخبط فإن الدفاع عن حقوق الآخرين، لازال من الأمور المسلم قضائيا بها. ومن ذلك حق المحامي الذي صدر قانون بمصادرة أموال موكله الناجمة عن تعامله في المواد المخدرة، في الدفاع عن مصلحة موكله في إبطال هذه المصادرة التي يؤمن الموكل من خلاله إبطالها الأتائب التي يدفعها لمحاميها، وبكل ذلك حق الموكل في اختيار محام يمثله في حدود تجمعها ببعض^(٢) The close attorney client relationship. وفي هذا المجال يلاحظ أن القضاء يطالبون أحيانا وجود علاقة قوية وموثوق فيها Close and confidential relationship بين من يقيم الخصومة الدستورية والآخرين الذي يمثلهم فيها. ويشترطون أحيانا أن يكون الآخرون عاجزين من كل الوجه عن الدفاع عن مصالحهم.

فلو أن المشرع فرض عقوبة جنائية على الأشخاص الذين يوزعون الوسائل الالقية من العمل على غير المتزوجين، فإن دفاعهم عن مصالح هؤلاء في الحصول على هذه الوسائل وتوكيد حقهم في شرائها، يكون مقبولا، إذا كان المشرع قد قصر العقوبة على من يقومون بتوزيعها، وحال ذلك دون أن يوفر لغير المتزوجين إطارا ملائما للخصومة القضائية التي يستهدفون بها الدفاع على الحقوق التي تخصهم^(٣).

ولو أن قانونا فرض على من يملكون بعض الأراضي في منطقة معينة، ألا يقوموا ببيعها لمولدين وإلا كانوا مسئولين جنائيا أو مدنيا عن قطعهم، فإن انصياعهم اختيارا إلى حكم هكذا القانون، مؤداه الإضرار بمصالحهم في بيعها إلى قطاع أعرض من المواطنين يشمل البيض والزوج، وربما في الحصول على أسعار أعلى. ولهم بالتالي أن يخاصموا هذا القانون طلبا لحقوق الملوتين في شراء هذه الأراضي، وأن يقيموا دعواهم بمخالفته للدستور على سند من

(١) Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., Inc., 467 U.S. 947 (1984).

(٢) Caplin and Drysdale v. United States, 491 U.S. 617 (1989).

(٣) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 446 (1972).

إخلال القانون المطعون فيه بشرط الحماية القانونية المتكافئة للمواطنين جميعهم، بما يكفل تساويهم في الحقوق عندها أمام القانون^(١).

ففي هذين الفرعين يبدو كذلك أن للبائعين للأراضي، وللموزعين للوسائل الواقعية من الحمل، مصلحة شخصية في دعواهم الدستورية. ذلك أن منعهم من بيعها أو توزيعها يعتبر وأجلاً فرضه المشرع عليهم. فإذا تقيدوا به، كان ذلك إنكاراً لحقوقهم الشخصية في ضمان فرص أكبر للتعامل في الأشياء التي منعهم المشرع من تصريفها بالحقوة التي فرضها، والتي حال بها في أن واجد دون اتساع أسواق معاملاتهم، وعطل كذلك من خلالها حقوق الآخرين التي كفلها الدستور^(٢).

ومن ثم كان منطقياً أن ننظر إلى القيود التي فرضها المشرع على المدعى في الخصومة الدستورية ليعول دون طلبه حقوقاً لآخرين، لا من زاوية أن المدعى قد ألهم في دعواه غرضاً عنها، وحل محلهم فيما هو خاص من شئونهم وإنما من جهة أنه يدير سوقاً لسلع يعرضها أو يروج أعمالاً يحرص على ألا تنقلص دائرتها، فلا تكون الخصومة الدستورية في حقيقة الأمور، غير تعبيرة عن عزم رافعيها على أن تظل الأسواق التي يديرها، أو الأعمال التي يروج لها، مفتوحة أبوابها لكل من يطرقها.

ويتحقق ذلك في صور متعددة من بينها أن البائعين للبيرة، يحرصون على الترويج لها ولتسكين من أسواقها أيما كان قدر الكحول الموجود فيها. فإذا اشترط المشرع لبيعها للذكور الأقل من ٢١ عاماً، ألا يزيد الكحول فيها عن حد معين، وأجاز شراءها لكل أنثى تزيد سنها على ١٨ عاماً، ولو جاوز الكحول فيها هذا الحد؛ وكان المشرع قد قرن هذا الحظر بقوة جنائية اختصاص البائعين بها؛ كان لهؤلاء البائعين الخيار بين القول طواعية بالقيود التي فرضها المشرع عليهم بما يعوق حصول الآخرين على حقوقهم في شراء البيرة التي يبيعها؛ وبين المنازعة في دستورية عمل المشرع لتمييزه بين المواطنين لاعتبار يتطرق بالجنس.

(١) Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249 (1953).

(٢) See, Maness v. Meyers, 419 U.S. 449, 468 (1975).

فإذا انحاز البائعون إلى الخيار الثاني، وأقاموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوق الآخرين الراغبين في شرائها، كان دفاعهم عنهم، هو دفاع عن مصالحهم الشخصية في أن تظل مبيعاتهم الكلية من البيرة، على حالها، فلا تنخفض نسبتها^(١).

ومثل البائعين للبيرة مثل غيرهم ممن يعينهم الدفاع عن حقوق الآخرين في النفاذ إلى أسواقهم. ذلك أن للعلاقة بين من يبيعون السلعة ومن يشترونها Vendar - Vendee Relationship، علاقة خاصة لا يجوز هدمها. وهي بذلك تعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق آخرين، مرده أن من يشترون سلعة هذه، لا يتوافر لديهم إطار قانوني للدفاع عن حقوقهم بالنظر إلى أن المشرع خص البائعين بالمقوية التي فرضها. وتلك صعوبة عملية تمنعهم من أن يقوموا بأنفسهم خصومة دستورية لطلبها^(٢).

وقد تكون العلاقة بين الآخرين، ومن يقومون الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم؛ علاقة مهنية professional relationship. فالأطباء الذين يتعاملون في عياداتهم مع المتزوجين الذين يقصدها للحصول على الأجهزة الواقية من الحمل؛ إنما يدافعون عن حدود العلاقة الخاصة بين الرجل وزوجته بحكم العلاقة المهنية التي تربطهم بهما. فضلا عن أن توزيعهم لهذه الأجهزة على المتزوجين، يرضهم - بوصفهم شركاء في جريمة استعمال الأجهزة الواقية من الحمل - للعقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على المتزوجين المخالفين لقانون حظر استعمالها. كذلك، فإن انصياعهم للقانون الصادر بمنعهم من التعامل في الأجهزة الواقية من الحمل التي يطلبها المتزوجون منهم، مؤداه حرمان هؤلاء من شرائها^(٣) وهو ما يناقض مصلحة البائعين لها في ترويجها. والبائعون بذلك يدافعون عن مصلحتهم الشخصية من خلال دفاعهم عن حق المتزوجين في استعمال الأجهزة الواقية من الحمل.

وقد يفرض المشرع عقوبة جنائية على الآباء الذين يمتنعون عن إلحاق أبنائهم بالتعليم العام. فإذا نازع القائمون على شئون التعليم الخاص في دستورية هذه العقوبة لمخالفتها لشرط الوسائل

(١) Craig v. Boren 429 U.S. 190 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, p. 138.

(٣) Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965).

القانونية السليمة في جوانبه الموضوعية، فإنهم بذلك يدافعون عن حق هؤلاء الآباء في إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص.

ذلك أن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء الذين يلحقون أبنائهم بالتعليم الخاص، لا يقتصر ضررها عليهم. وإنما يمتد هذا الضرر إلى القائلين على شؤون التعليم الخاص -الذين تحملهم العقوبة التي فرضها المشرع على الآباء، والتي منحتهم بها من إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص- على غلق مدارسهم بعد أن أعرض الآباء عن إلحاق أبنائهم بها، فلا يكون إغلاظها إلا ضرراً يترفع بالضرورة عن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء Derivative Injury. ومن ثم تقوم مصلحة المسؤولين عن التعليم الخاص في الطعن على هذه العقوبة وذلك لأمرين:

أولهما: أن الآباء قد يكونون عازلين عن مهاجمتها أو لا يملكون الوسائل التي ينازعون بها في دستورتها. ثانيهما: أن الآباء حتى لو صح عزيمهم على مخالفة هذه العقوبة، فلن يجدوا أمامهم غير مدارس لا حياة فيها، مغلفة ليواليها، بعد أن هجرها الطلبة الذين اضطروهم للمشرع إلى الالتحاق بالتعليم العام^(١).

وفي هذه الصورة لا يقوم الاستثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن مصالح آخرين، على مفهوم العلاقة الخاصة بين من يبيعون السلعة وعملاتهم، ولا بين من يقدمون الخدمة المهنية ومن يطلبونها، ولا لأن المشرع واجه المدعى في الخصومة الدستورية بالعقوبة التي فرضها على الآخرين، وإنما لأن فرضها على الآخرين يلحق به ضرراً إذا قبل هؤلاء الامتثال لها. فلا يكون ما أصابه من ضرر من جراء فرضها، غير ضرر مشتق من المضار التي سببها للنص العقابي لهؤلاء الآخرين، ولذا جاز واجب فرضه المشرع عليهم والزمهم بتنفيذه.

ومن ثم تتداخل مصالحهم مع مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية، لتقوم بهذا التداخل علاقة السببية بين الضرر المشتق مما أصاب الآخرين من أضرار من جهة، وبين الحقوق التي منعه المشرع من طلبها بالمخالفة للدستور من جهة ثانية.

(١) Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925).

ويستحيل بالتالي أن تحلل جهة الرقابة على الدستورية حقيقة ونطاق مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية التي أقامها للدفاع عن حقوق الآخرين، بخير الرجوع إلى طبيعة هذه الحقوق، وصلة المدعي في الخصومة الدستورية بها، وحدود قدرته في النضال من أجلها.

والحق أنه حتى في هذا الفرض، فإن المدعي في تلك الخصومة، إنما يناضل من أجل الدفاع عن حقوقه. ذلك أن ما توخاه هو إبطال قيود فرضها المشرع على آخرين لمنعهم من الاتصال به، فلا يكون نفاذه إلى حقوقهم، إلا كلفاً لمصلحته الشخصية في ضمان اتصاله بهؤلاء الآخرين.

وفي اعتقادنا فإن كل صلة لها أساسها -سبئية أو حرفية أو غير ذلك من صور العلائق التي تربط المدعي في الخصومة الدستورية بالآخرين- لا يتحقق بها معنى الغيرية في مجال الخصومة الدستورية. ذلك أن الغيرية بمعناها الحقيقي، ينفيها أن يكون المدعي في الخصومة الدستورية، قد أُضيق فعلاً من جراء إخلال المشرع بالحقوق التي حجبها عن الآخرين، ولو كان هؤلاء الآخرون يفتقرون إلى الموارد التي يعتمدون عليها في النضال من أجل صون مصالحهم، أو يترددون في ولوج الطريق القضائي لضمانها^(١).

٤٤٥- وما يقره القضاء المقارن من أن الحقوق التي يطلبها المدعي في الخصومة الدستورية، لا يجوز أن تكون واقعة في غير منطقة المصالح التي يكفلها الدستور أو المشرع، هو تعبير آخر عن أن هذه الحقوق يملكها آخرون غير ممثلين في الخصومة الدستورية. ولو أنهم طلبوها، لكافت مصلحتهم في اقتضاؤها من نوع المصالح القانونية التي يؤمنها الدستور أو المشرع. وهو ما يثير بالضرورة البحث فيما إذا كان المدعي في الخصومة الدستورية -وعلى ضوء ظروفها- يملك من زلوية دستورية تمثّل هؤلاء الغائبين في مصالحهم.

وقد يقلص المشرع من المزايا المالية التي يمنحها للمرأة التي تريد إجهاض نفسها إذا لم تقم بعملية الإجهاض هذه في عيادة طبية. وهو ما ينعكس سلباً على أجور الأطباء الذين يقومون بعملية الإجهاض، ولو كان المشرع لم يمنعهم من إجرائها حتى بعد صدور هذا القانون، فإذا لجأ هؤلاء الأطباء إلى جهة الرقابة على الدستورية للطعن في دستورية ذلك القانون، فليسهم بذلك بدافعهم عن أعوزتهم للوسائل لإجراء الإجهاض. ويظل للأطباء الحق في الخصومة الدستورية،

(١) Laurence H. Tribe, *Id*, p 140.

ولو كانت المرأة الساعية لإجهاض نفسها، لا تريد الإعلان عن شخصيتها خوفاً من أهلها أو حفاظاً على سمعتها في مواجهة المحيطين بها، أو لتجنبها من فصلها في دائرة عملها^(١).

وفي هذا الغرض، فإن المصلحة التي يحصيها الأطباء، هي في حقيقتها مقررة لغيرهم بما يقيمها محل مصالحهم في الاعتراض على النقص في دخولهم^(٢) (A Surrogate Standing).

ولئن كان ما تقدم مؤداه، أن الأصل هو ألا دعوى بلا مصلحة، إلا أن هذه القاعدة -سواء في أصلها أو في صور الخروج عليها للتهوين من حدثها- لا يقتضيها الدستور، ولا تستلزمها كذلك. آراء لقضاة يريدون فرضها بما يجاوز حدود الوظيفة القضائية التي لا تجوز ممارستها بصورة لا تعقل فيها.

ولئن قيل بأن شرط المصلحة للشخصية المباشرة؛ لا يثير بالضرورة إشكالية فصل السلطة القضائية عن السلطتين الأخريين، وأن هذه الإشكالية تطرح نفسها -بالقوة ذاتها- عند الفصل في المسائل الدستورية؛ إلا أن من المتيقن أن الرقابة على الدستورية لا يجوز أن تتحول إلى رقابة بلا حدود. بل يضمن ضبطها في إطار منطقي يعطها عملاً وسيلة ملائمة لصون للفرعية الدستورية، وتسلط قيمها على عواقبها^(٣).

المطلب الرابع

مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع

٤٤٦- ثمة أحوال يظهر المتقاضى فيها باعتباره مناضلاً عن حقوق آخرين على تغيير أن له دوراً خاصاً في مجال تمثيلها، أكثر من كونه مدافعاً عن حقوقه هو، أو بوصفه مناضلاً عن حقوق آخرين بالإضافة إلى حقوقه هو. وأكثر ما يتحقق ذلك في المنظمة أو الجمعية التي تقيم دعواها الدستورية للدفاع عن مصالح نظامية Institutional interests تتعلق بتحقيق أهدافها في مجال ضمانها مصالح أعضائها.

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106 (1976).

(٢) Eisenstadt v. Boird, 405 U.S. 438,446 (1972).

(٣) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83,102 (1968).

وللولاية الدفاع عن سيادتها وعن حقوق الملكية التي تخصها. وكذلك الدفاع عن مصالح مواطنيها ولحسابهم.

والمشروعون يدافعون إما عن واجباتهم الوظيفية التي تصون مصالحهم في مباشرتهم لامتيازاتهم؛ وإما عن المصالح الأعرش للناخبين الذين يمثلونهم.

وفي كل من هذه الفروض، يتعلق السؤال الأهم بتحديد الصفة التي تقوم بها المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع، دعواها الدستورية.

أولاً: مصلحة الجمعية أو المنظمة

٤٤٧- في الفروض السابقة جميعها، فإن الصفة التي ظهر بها المدعى في الخصومة الدستورية، هي التي ينبغي التركيز عليها.

فالجمعية أو المنظمة التي تقوم دعواها بقصد الدفاع عن مصالحها الخاصة، تتقيد بالخطابات العامة التي تقتضيها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تطبيقها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة، بالنسبة إليها^(١).

فإذا كان ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية بقصد الدفاع عن مصالح أعضائها، فإن مصلحتها تتوافر The organizational and associational standing بشرط أن تكون الحقوق التي تطالبها لمصلحة أعضائها هي ذاتها التي يجوز لهم طلبها لأنفسهم، ولن يكون مصالح أعضائها لها صلة وثيقة بالأغراض التي تقوم الجمعية أو المنظمة عليها، وألا تكون حضور أعضائها في الخصومة التي تقيمها للدفاع عن مصالحهم، لازماً سواء في مجال طلبها أو الحصول على الترضية القضائية التي تتعلق بها^(٢).

فالمنظمة التي يكون الغرض من إنشائها دعم صناعة التفاح وتشجيعها في الولاية التي يوجد بها مقر المنظمة، يجوز لها الدفاع عن مصالح أعضائها الذين يزرعون أو يتجرون فيه، وذلك

(١) Simon v. Easern Kentucky Welfare Rights Org., 426 U.S. 26,40 (1976).

(٢) Hunt v. Washinagton states Apple Advertising commission, 432 U.S. 333 (1977);
Havenes Realty car v. Coleman, 455 U.S. 363 (1982).

من خلال الطعن في القيود التي تفرضها ولاية أخرى على تسويقه لها، بما يُخلل التجارة بين هاتين الولايتين بأعباء لا يأذن للدستور بها^(١) Interstate - Commerce.

ولعل أكثر الشروط أهمية في مجال دفاع المنظمة أو الجمعية عن مصالح أعضائها، هو ما إذا كان تدخلهم شخصيا في الخصومة التي تمثل المنظمة أو الجمعية مصالحهم فيها، لازم لاقتضاء حقوقهم، والحصول على الفرضية القضائية المتعلقة بها.

ذلك أن مجرد ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية، لا يدل بالضرورة على تمثيلها مصالح أعضائها بصورة ملائمة. ويتعين بالتالي أن تكون صفتها فسي تمثيلهم موقوفة بدرجة كبيرة على طبيعة الفرضية القضائية التي تطلبها من أجلهم. فإذا كان ما تتوخاه من دعاها هو الحصول على حقوق مالية تخص أعضائها لتعويضهم عن أضرار أصابتهم، فإن تدخلهم في الخصومة الدستورية يكون لازما. وكذلك كلما كان نوع الضرر متصلا بهم. ذلك أن ولقصة إضرار النصوص المطعون عليها بأعضائها، ونطاق هذه الأضرار تقتضي تدخلهم بصورة فردية Individualized proof لإثباتها.

كذلك يشترط قضاء الشرعية الدستورية تدخل أعضاء الجمعية أو المنظمة بأنفسهم كلما كان تصادم مصالحها ومصلحتهم، ولقما داخل المنظمة أو للجمعية ذاتها، أو كان حضورهم مطلوبا في الخصومة لإيضاح بعض وإقامتها^(٢).

ثانيا: مصلحة الولاية

٤٤٨- وللولاية في نطاق التنظيم الفيدرالي، أن تؤمن نفسها في مواجهة الأضرار التي تنال من مصالحها، لئلا هذه الأضرار تخصها هي استقلالاً عن مواطنيها، ولي هذه الحالة تتحدد مصلحتها المباشرة وفق القواعد ذاتها التي يطبقها قضاء الشرعية الدستورية في مجال إعمال هذا الشرط^(٣) ومصلحتها الشخصية هذه متنوعة في طبيعتها، ويلتزم تحتها:

(١) Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333, (1977).

(٢) Harris v. McRae, 448 U.S. 297, (1980).

(٣) Watt v. Energy Action, 454 U.S. 151 (1981).

١. الحق في تأمين سيادتها على الأفراد جميعهم، وكذلك على كل كيان يكون والمعا في نطاق إقليمها.

٢. الحق في إقرار تشريعاتها المدنية والجزائية، وتنفيذها في مواجهة المغاطبين بها المقيمين في نطاق إقليمها.

٣. الحق في ألا تتازعها أية ولاية في حقوقها السيادية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحدود التي تفصل إقليم الولاية عن غيره من الأقاليم.

٤. الحق في حرمة الأموال التي تملكها والدفاع عنها، وأن ترد العدوان عليها، شأنها في ذلك شأن دفاع الأفراد عن ملكيتهم.

٥. الحق في مقاضاة أية ولاية عن الأعمال الضارة التي تصدر منها قبلها، أو من أشخاص موجودين في إقليمها. كفرض ولاية أعباء مالية على الغاز المصدر منها لولاية أخرى بما يزيد من تكلفة شرائه، ويقيد التبادل غير المعاق للتجارة بين هاتين الولايتين؛ وكذلك ولاية في مواجهة غيرها بالقوانين الفيدرالية التي تخول كل ولاية السلطة الكاملة لاستغلال ثرواتها الطبيعية.

٤٤٩- وللولاية فضلاً عما تقدم، الدفاع عن مصالح مواطنيها، بوصفهم أفراد من عائلتها *Parens Patriae* ^(١) سواء كان ذلك لحماية رعايتهم اقتصادياً كحماية بيئتهم مما يؤذيها ^(٢) أو لحماية رعايتهم العام في مواجهة أعمال تصدر عن ولاية أخرى أو عن أشخاص خاصين ^(٣) ويفترض ذلك أن تتوفر لمصالح مواطنيها درجة كافية من الوضوح تؤول للقول بقيام نزاع حقيقي بينها وبين المدعى عليه في الخصومة الدستورية.

(١) ويلاحظ أن مصلحة الولاية في الدفاع عن مصالح مواطنيها كأفراد في عائلتها، لا يجوز التمسك بها في مواجهة الحكومة الفيدرالية.

Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(٢) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son v. Puerto Rico exrel, Barez, 458 U.S. 592 (1982).

ويندرج في إطار هذا النوع من المصالح، مصلحتها في تأمين مواطنيها بوجه عام في مواجهة المخاطر التي تضر بصحتهم أو تتل من رعايتهم العام. ولا يكفي في هذا المقام مجرد تحقق ضرر لمجموع محدد من المواطنين في إقليمها. وإنما يتعين أن يكون الضرر من نوع الأضرار التي تواجهها الولاية -في الأرجح- بتشريعاتها، بقصد تسويتها.

وللولاية أن تقيم دعواها للحصول على تعويض أو تسوية منصفة من جراء أضرار أحدثتها لمواطنيها ولاية غيرها من خلال إغراقها حقوقهم بمياه الفيضان الناجمة عن تحويلها للنهر بها^(١). شأن هذا العمل شأن من يلوثون بيئتها بعمل يصدر عنهم في ولاية غيرها^(٢).

ولكل ولاية كذلك مصلحة شبه سيادية، في إنهاء كل تمييز يخل بكرامتها ومركزها القانوني لدخل النظام الفيدرالي، بما يحول دون حصول مواطنيها على نصيبهم العادل في المزايا التي يفترض أن تنتفع إليها كنتيجة لإسهامها في النظام الفيدرالي^(٣).

وإذا كان للولاية الدفاع عن مصالح مواطنيها فيما يتعلق بصحتهم وراحتهم ورعايتهم بوصفها ربا لعائلة تضمهم *Parens Patriae*، إلا أنها لا تمثلهم في مجال الدفاع عن حقوقهم قبل السلطة الاتحادية، ولا تحل محلهم في اقتضاياتها^(٤).

ويظل ثابتاً للولاية الدفاع عن حقوقها قبل السلطة الفيدرالية، ويندرج تحتها أن تنازع لسي دستورية قانون فيدرالي أهدر اختصاصها في مجال تحديد شروط مباشرة مواطنيها لحقوقهم السياسية في إقليمها.

ثالثاً: مصلحة المشرع

٤٥٠- وفيما يتعلق بالسلطة التشريعية، يجوز أن يقاضى أحد أعضائها عن طرده منها بالمخالفة للدستور، وأن يحصل على كل مكافأة حرم منها خلال مدة طرده^(٥). ولا كذلك أن يقيم

(١) North Dakota v. Minnesota, 263 U.S. 365 (1923).

(٢) Georgia v. Tennessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son, Inc v. Puerto Rico, 458 U.S. 592, 607 - (1982).

(٤) Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(٥) Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

المشروعون الخصومة الدستورية بوصفهم ممثلين لهيئة الناخبين في الدفاع عن سلطاتهم التشريعية في مواجهة كل إخلال بها. ذلك أن مثل هذه الخصومة هي في حقيقتها دفاع عن مصالح آخرين.

وقد تتدخل السلطة التنفيذية لحرمان السلطة التشريعية من امتياز مقرر لها وفقا للدستور، كما تميزها في تعديل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه، وامتيازها في إقرار معاهدة دولية بعد الدخول فيها وكشرط للتصديق عليها. وقد تمنعها من عقد جلساتها، أو تترأخي في دعوتها إلى الاجتماع في المواعيد التي نص عليها الدستور، أو تصدر قرارا بحلها في غير الأحوال التي حددها، أو تحول دون إيداع أعضائها لأرائهم في لجاتها، أو إنشاء عقد جلساتها. ففي هذه الفروض جميعها يجوز للسلطة التشريعية أن تجهد مشروعية الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية بالمخالفة للدستور، بشرط أن يكون بإمكان السلطة التشريعية تعيين المضار التي ألحقها السلطة التنفيذية بها، وألا يكون بوسعها أن تزيل آثارها بإجراء من جانبها، وأن تكون الترضية القضائية التي تقدمها للسلطة التشريعية جهة الرقابة على الدستورية، ملائمة في محتواها لإنهاء الأضرار التي سببتها السلطة التنفيذية لها.

فلا يحول دون الحصول على هذه الترضية أن يُنظر إلى النزاع بين هاتين السلطتين باعتبارهما من طبيعة سياسية.

ذلك أن من غير المقبول أن تخرج للسلطة التنفيذية عن حدود ولايتها التي رسمها الدستور لها بخير ترضية قضائية تُعْلِمْها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لمواجهة آثاره^(١).

خاصة وأن تدخل السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، يقوض بنيانها، ويهدد ولاية السلطة التشريعية وواجبها في الإصرار على ممارستها على الوجه المنصوص عليه في الدستور^(٢). شأنها في ذلك، شأن كل فرد يضار من عمل صدر عن السلطة التنفيذية ليعطل جانباً من حقوقه التي كفلها الدستور. ولا كذلك ما يصدر عن السلطة التنفيذية من أعمال تدخل بالعملية التشريعية بطريق غير مباشر. ومن ذلك ألا تقدم السلطة التنفيذية إلى السلطة التشريعية ما لديها من

(١) Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996, 997, 1001 (1979).

(٢) فالجواب الذي يعطيه رئيس الجمهورية بخير موافقة البرلمان لها مخاطرها على عمله سواء من جهة توجيه الاتهام إلى رئيس الجمهورية Impeachment أو من ناحية رصد اعتمادات لهذه الحرب بخير مسوغ.

معلومات قد تعاونها في العملية التشريعية التي تتولاها^(١). وليس للسلطة التشريعية كذلك أن تختصم السلطة التنفيذية قولاً منها بأنها لم تقم بتنفيذ القوانين التي أقرتها بصورة ملائمة؛ ولا أن تنازع في دستورية قانون ووفق عليه وفقاً للدستور. ذلك أن مصلحتها في الفروض السابقة، يُعذر تمييزها أو فصلها عن عموم مصلحة المواطنين منظوراً إليهم في مجموعهم.

(^١) *Harrington v. Bush*, 553 F.2d190 (D.C.Cir. 1977).

المبحث الثاني عشر

امتناع الفصل في خصوصية لا تأثير مسائل دستورية

٤٥١- لا تأثير للخصومة الدستورية، غير المتعارض المدعى به بين نص قانوني وقاعدة في الدستور. فإذا كانت المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية متعلقة بالتعارض بين تشريعين من ذات المرتبة؛ أو بين تشريعين يختلفان في مرتبتهما؛ وكان كلاهما دون الدستور قراءاً فيبان الفصل في هذه الخصومة لا يدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لها الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور قبل التحقق من اختصاصها ولائها بنظرها، ثم تثبتها من اتصالها بالخصومة -التي تطرح دستورية هذه النصوص- وفقاً للأوضاع الملصوقة عليها في قانونها^(١).

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا، أن رقابتها على الشرعية الدستورية، لا شأن لها بالتناقض بين تشريعين من مرتبتين مختلفتين؛ أو بين تشريعين جمعتهما درجة واحدة في مجال تخرج القواعد القانونية، ولا بالتعارض بين نصين واردين في قانون واحد، أو في لائحة واحدة^(٢).

كذلك لا تأثير للخصومة مسائل دستورية، إذا كان قوامها تمسار النصوص القانونية المطعون عليها، مع وثيقة لا يحيل الدستور إليها ويجعلها جزءاً من أحكامها؛ ولو كانت هذه الوثيقة إعلاناً للحقوق. وليس بشرط لاعتبار الوثيقة جزءاً من الدستور، أن يكون إقرارها قد سم وفق القواعد ذاتها التي التزمها الدستور في مجال إقراره. وإنما يكفي أن يحيل الدستور إليها ويجمعها فيه حتى يصير جزءاً من قواعده. فإذا لم تلحق الوثيقة بالدستور، جاز تعديلها وفق القواعد ذاتها التي يقر بها البرلمان القوانين التي يوافق عليها.

وقد لا يحيل الدستور إلى الوثيقة المنفصلة عن قواعده، وتظل لها مع ذلك قوة الدستور إذا كانت الملطة التي أصدرتها، قد ساوتها به في القوة والأثر.

(١) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية- قاعدة رقم ١٣ -جلسة ١٢/٢/١٤٩٥-

من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٧ -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦-

من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

٤٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يكون للاتحاد دستور خاص. ولكل ولاية كذلك دستورها المحلي وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية في نطاق إقليمها، وعليها جميعاً أن تتقيد في تشريعاتها ونصرفاتها بدستور الاتحاد، وإلا جاز الطعن عليها بمخالفتها لقواعده، ولو كان دستورها المحلي يجيزها، أو لا يعارضها. وشرط ذلك بطبيعة الحال، أن يظل الاتحاد قائماً، فإذا انفرط عقد الاتحاد كلية، أو تقلص عدد ولاياته، فلن كل ولاية تخرج من الاتحاد، لا تسري عليها تنظيماته جميعها، ولكنها تستقل بكيالها، ويتصرفها لشؤونها.

٤٥٣- وقد كانت مصر طرفاً في اتفاق ضمها مع كل من الجمهورية العربية السورية والجمهورية العربية الليبية بقصد تكوين اتحاد ينميط بتنظيماته على كامل أقاليمها، باعتباره نواة لوحدة عربية أشمل، وقاعدة لدعم قدراتها على تكوين جبهة أساسية تتفاعل فيما بينها، وتزيل الحواجز والفوارق الإقليمية التي تعوق حركتها.

ولم يصد ذلك الاتحاد بعد لإنهاء مصر لعضويتها فيه، وانسحابها من مؤسساته جميعها بما فيها سلطاته التشريعية. وتم ذلك بقانون^(١).

وقد أقام عضو في هذه السلطة خصومة دستورية طلب إلزام المدعى عليهم فيها، بأن يعوضوه عن زوال عضويته بها، وكذلك عن كافة المزايا المالية التي كان يمكن أن يحصل عليها لو ظل الاتحاد قائماً، وبقي هو عضواً في السلطة التشريعية الاتحادية. وقد أسس المدعي دعواه على أن الاتفاق على تكوين الاتحاد فيما بين الدول الثلاث المشار إليها، ينحل إلى معاهدة دولية، وأن إنهاء مصر لعضويتها في الاتحاد بقانون صدر عنها، يناقض التزاماتها الأساسية فيه، والتي تمنعها من الانسحاب بإرادتها المنفردة.

وقد قضى في هذه الخصومة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظرها. وذلك تأسيساً على ما يأتي:

(١) كانت هذه السلطة تسمى مجلس الأمة الاتحادي. وقد انسحبت مصر من الاتحاد بمقتضى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤ وهو القانون الذي طعن بعدم دستوريته.

أولاً: أن نصوص دستور جمهورية مصر العربية لا يجوز تطبيقها في غير نطاق إقليمها، وأن القواعد الأساسية لهذا الاتحاد تظل لها ذاتيتها، ولو كان لها خصائص القواعد الدستورية وملاحظها، بل ولو أقرتها الجماهير في استفتاء عام. ويتعين بالتالي فصل هذه القواعد عن دستور جمهورية مصر العربية.

ثانياً: أن اتحاد وثيقتين في طريقة إصدارهما، أو لفظائهما معا على قواعد دستورية بطبيعتها، لا يدمجها في بعض، ولا يحيلها إلى وثيقة واحدة تتفرق أجزاؤها، كلما كان لكل منها إقليم ينطبق به نطاق تطبيقها، وكان لكل من هاتين الوثيقتين أهدافها التي تستلزم بها. فضلا عن صدورهما عن سلطتين تأسيسيتين مختلفتين، وتنطبق إحداهما بدولة مركبة هي دولة الاتحاد، وأخرهما بدولة بسيطة هي مصر بما ينعكس لزوما على جوهر الأحكام التي احتوتها كل منهما.

ثالثاً: أن المنحاح مصر من معاهدة دولية تكون طرفاً فيها، مؤداة التخلي عن أحكامها قسياً مجموعها، فلا يكون انسحابها منها إجراء موقفاً لنفاذها قبلها، ولا هو تعديل لبعض أحكامها، بل إنهاء لوجودها في علاقتها بها. ذلك أن الانسحاب سرباً اعتبره تصرفاً قانونياً يصدر عن إحدى الدول بإرادتها المنفردة لنوع تقرها - يظل واقعا في إطار إدارتها لشؤونها الخارجية، ومنطوية على تحديد نطاق روابطها بغيرها من الدول، فلا يؤثر تطلها من معاهدة أبرمتها معها غير مسؤوليتها الدولية عند قيام موجبها. وإذا كان رؤساء كل من مصر وسوريا وليبيا قد عهدوا إلى لجنة ثلاثية بوضع مشروع دستور لتنظيم الاتحاد في إطار من الأحكام الأساسية التي اتفقوا عليها، فإن زوال معاهدة تكوين الاتحاد في علاقة مصر بكل من سوريا وليبيا، يدل بالضرورة على سقوط ذلك الدستور في نطاق روابطها بهاتين الدولتين^(١).

(١) "دستورية عليا" - لحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية - دستورية - قاعدة رقم ٢٩ - جلسة ١٩٩٦/٢ - ص ٥٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثالث عشر
امتناع مخاصمة النصوص القانونية التي
أفاد الطاعن من مزاياما

٤٥٤- من المقرر في القضاء المقارن^(١)، وفي قضاء المحكمة الدستورية العليا^(٢) أن الذين يحصلون من قانون على مزايا يقبلونها، لا يجوز لهم الطعن في دستورية هذا القانون^(٣). وينظرو للقضاء المقارن إلى هذه القاعدة بوصفها مبدءاً أولياً Axiomatic في مفاهيم قضاء الشرعية الدستورية الذين يرون أن الذين يستفدون لأصنافهم مزايا وفرها لهم المشرع من خلال قانون، لا يستطيعون الطعن بعدم دستورية نص فيه. ذلك أن المزايا التي يفدون منها، يستحيل توفيق حصولهم عليها مع إنكارهم دستورية القانون الذي كللها^(٤).

One cannot in the same proceedings, both assail a statute and rely upon it. Nor can one who avails himself of the benefits of a statute, deny its validity.

ولا يجوز لهم بالتالي لو حصلوا على ترخيص بمزاولة عمل ما وفق قانون معين، إنكار دستورية القانون المرخص لهم بمباشرة هذا العمل.

٤٥٥- بيد أن هذه القاعدة تثير شكوكاً خطيرة حول مطلقيتها وعدالتها. ذلك أن المخاصمين بالنصوص القانونية -كذلك التي تمنحهم ترخيصاً بمزاولة مهنة أو عمل بشروط معينة- يضطرون إلى توفيق أوضاعهم معها حتى لا يحرموا من العمل بما يضر بحقوقهم في الحياة، وحتى لا تصيبهم هذه النصوص بحقوقها التي تفرضها عليهم كجزاء على عدم التزامهم بأحكامها. فلا يكون أمامهم من خيار غير التقيّد بذلك النصوص التي يؤمنون بمخالفتها للدستور.

(١) Ashwander v. Tennessee Valley Authority 297 U.S. 288 (1936).

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ١٤ سنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - لأعادة رقم ٤٧ من ٧٣٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية.

(٣) Wilkes v. Dinsman (1849, U.S. 7 How 89; Wall v. Parrott Silver and Copper Co. 244 U.S. 407 (1917).

(٤) Buck v. KuyKendall, 267 U.S. 307 (1925).

ويستحيل بالتالي النظر إلى الشروط التي علق المشرع عليها مباشرة للحق - كالحق في العمل - باعتبار أن الخضوع لها، مؤداه التسليم بها. ذلك أن خضوعهم للقانون أمر لا خيار لهم فيه. فإذا جحد هذا القانون حقاً مكفولاً لهم بنص في الدستور، جاز لهم إنكار دستوريته، وعلى الأخص إذا كان ذلك القانون يضر بهم في مجموع أحكامه، ولو كانوا قد حصلوا قبل الطعن عليه على بعض مزايده التي لا تتكافأ قيمتها مع الأضرار التي أصابهم ذلك القانون بها.

ويتعين بالتالي القول بعدم جواز الطعن في قانون أفاد الطاعن من مزايده، أن يكون تلقى الطاعن للميزة التي كفلها هذا القانون، عملاً إرادياً صرفاً، وشياً بقبول ذلك القانون في جملة أحكامه. ذلك أن الميزة الموافقة للدستور تفترض أمرين:

أولهما: أن يكون الطاعن قد تلقاها باختياره. ثانيهما: أن يتوافر في هذه الميزة شرط التخصص Specificity. وهو شرط يحتم حصرها في الدائرة الضيقة التي تعمل فيها، فلا تجهض غيرها من الحقوق التي لا صلة لها بها^(١) ولا كذلك النصوص القانونية المتشابهة التي يتعين أن يؤخذ بها في جملتها، والتي يتخذ فصل بعض اجزائها عن باقيها. ذلك أن هذه النصوص تؤخذ متكاملة، فلا يجوز فصل بعض اجزائها عن بعض بالنظر إلى ما بينها من ترابط. فإذا وفر للنص المطعون فيه ميزة للطاعن لا شأن لها بباقي نصوص القانون، فإن أفرادها بذاتها لا يجيز للطعن فيها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن النص المطعون فيه لا خول كل ذي شأن حق المنازعة في تحديد قيمة الأموال المشمولة بالحراسة وقيمة التعويض المستحق عنها خلال مسكين يوماً من تاريخ علمه أو إخطاره على يد محضر بهذا التحديد وقيمة التعويض، فإن هذا الحكم يتمحض لمصلحة المدعين، ولا يتصور أن يكون قد أضر بهم. وليس لأحد - وعلى ما جرى بهه قضاء هذه المحكمة - أن يطعن على نص تشريعي يكون قد أفاد من مزايده^(٢).

(١) فلا أن تشريها ضرائبها رفع حد الإعفاء من الأعباء المالية، فإن قبول الطاعن لهذه الميزة وإن منعه من الطعن عليها بعد أن ارتضاها، إلا أن هذا القبول لا يسقط حقه في الطعن على ما تضمنه قانون الضريبة من أحكام أخرى.

(٢) القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/ ١/٥ من ٢٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

المبحث الرابع عشر

امتناع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها

٤٥٦- للنزول عن الحقوق إسقاط لها. وشرط ذلك توافر الدليل على إرادة التخلي عنها، فلا يبقى لها من وجود بعد زوالها. فإذا نزل المدعي في الخصومة الدستورية عن الحقوق التي يطلبها، والتي تتعلق بها الترضية القضائية التي تستحقها، فإن هذا النزول مجرد دعواه من كل فائدة كان يرتجيبها منها، فلا يكون ثمة محل تتعلق به الترضية القضائية التي ما أقسام دعواه إلا بقصد الحصول عليها؛ وذلك سواء كان النزول عن هذه الحقوق صريحاً أم ضمنياً، متخذاً سلوكاً أو تصرفاً قانونياً؛ وسواء تحقق هذا النزول بالقتضاء ميماد حدده المشرع لاقضاء الحق^(١)، أم كان هذا النزول عملاً إرادياً.

وقد يتعلق النزول بأحد الحقوق التي كفلها الدستور، كالنزول عن الحق في المشور أمام محلفين^(٢)؛ أو عن الحق في الحصول على مشورة محام^(٣)؛ أو عن الحق في ألا يحمل لشخص على الإدلاء بأقوال يقوم بها الدليل على ارتكابه لجريمة بذاتها^(٤). وكذلك النزول عن الحق في ألا يحاكم غلاتية^(٥)؛ وفي ألا يقض عليه دون أمر قضائي وبناء على تحقيق^(٦).

وإذا كان النزول عن الحقوق جميعها - بما في ذلك تلك التي كفلها الدستور - لا يفترض، فقد تعين للقول بنزول المدعي في الخصومة الدستورية، عن الحقوق التي يطلبها فيها، أن يكون ذا صفة في اقتضائها، ثم تخلى عنها بعد أن علم علماً يقوياً - لا فرضياً أو حكماً - بحقيقتها وأبعادها. فإذا كانت الحقوق المدعى نزوله عنها من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور لكل مواطن، فإن القضاء المقارن - وفي الدول الفيدرالية على الأخص - يستلهم كل قريضة تتناقض هذا النزول. ذلك أن الحقوق التي يكفلها الدستور للفيدرالية لكافة المواطنين تعتبر من المسائل الفيدرالية التي يعود اتخاذ القرار النهائي بشأنها إلى المحاكم الفيدرالية، التي يتعين عليها أن تقرر ما إذا كان

(١) Yakus v. United States 321 U.S. 414, 444 (1944).

(٢) Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, (1966).

(٣) Johnson v. Zerbst 304 U.S. 458 (1938).

(٤) Escobedo v. Illinois 378, U.S. 478 (1964).

(٥) Singer v. United States 380 U.S. 24 (1965).

(٦) Zap v. United States 328 U.S. 624 (1946).

إخفاق المدعى في الخصومة الدستورية في اللجوء إلى الوسائل الإجرائية التي كفلها قانون الولاية للحصول على الحماية التي يطلبها للحقوق التي يدعيها، يأخذ حكم النزول عنها^(١).

٤٥٧- وفي مصر، تقبل المحكمة الدستورية العليا تخطي المدعى عن الخصومة الدستورية التي رفعها، كلما جاز في القانون اعتباره تاركاً لها. فإذا نزل عن الحقوق موضوعها، فإن هذا النزول لا يعفيها، إذ الشأن في إثباته لمحكمة الموضوع.

وفي الأعم من الأحوال لا يعود المدعى إلى هذه الخصومة بعد تركها؛ وإن جاز دائماً أن يرفعها من جديد أمام المحكمة الدستورية العليا وفق القواعد المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها.

وفي هذا المقام يتعين للتمييز بين ترك الدعوى والنزول عن الحق المتنازع عليه فيها. ذلك أن ترك الدعوى مؤداه عدم موالاة نظرها، وانقطاع صلة المدعى بها. ولكن هذا الانقطاع لا يحول دون رفعها من جديد طلباً للحقوق ذاتها التي كانت تكور حولها دعواه الأولى ما لم تقادم. ولا كذلك أن يسط المدعى في هذه الخصومة الحقوق موضوعها، لأنه يزيلها بتخليه عنها. فعلاً عرّض مثل هذا النزول عن المحكمة الدستورية العليا، فإن تحققها من جوازها لا يدخل في ولايتها. فإذا نزل عن الحق في دعواه الدستورية، وجب عليها ألا تقبل هذا النزول إلا إذا بان لها بدليل قطعي استيفاءه لتسوية شاملة لهذا الحق تكفلها له السلطة التي جحدته، لتحل هذه التسوية الاتفاقية محل الفرضية القضائية.

فإن لم تكن ثمة تسوية من هذا القبول لموضوعها بالضرورة حقوق من طبيعة مالية- فإن مضيقاً في نظر الخصومة الدستورية يكون واجباً. فالحق في التعويض عن التأميم أو عن نزع الملكية، وكذلك رد الأموال المصادرة إلى أصحابها، جميعها من الحقوق المالية التي تعتبر تسويتها من السلطة التي جحدتها، شرطاً لازماً للتخلي عن الخصومة الدستورية.

أما ما كان من الحقوق متصلاً بالشخصية الإنسانية، كالحق في الحياة وفي الحرية، وفي المساواة، وفي الخلق والإبداع، فإن النزول عنها يفيد عودة المتنازل إلى أوضاع السخرة والسرقة، وسحق أمية الإنسان فيه، وهو مالا يجوز.

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).

المبحث الخامس عشر

امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها^(١)

٤٥٨- قد يقيم الفرد خصوصية قضائية تتولف فيها كل الشروط التي يقتضيها الدستور والمشرع في شأن مقوماتها وأوضاعها التي يتهيأ بها موضوعها للفصل فيه، كاكتمال عناصر نضجها، وحدة النزاع بين أطرافها. بيد أن موضوع هذه الفصومة قد يشير مسائل سياسية بطبيعتها لا يجوز معها إصدار حكم في موضوع النزاع^(٢) ذلك أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تمتد إلى مسائل يتعذر للفصل قضائياً فيها. وتمثل القضايا الخارجية النطاق الأكبر لتطبيق نظرية الأعمال السياسية، على تقدير أن تضاءل الشرعية الدستورية بتجديدها الفصل في الطريقة التي تدار بها هذه الشؤون بالنظر إلى اتصالها بالسياسة الوطنية، وتعد العناصر التي تدخل في تكوينها وتشعبها.

وعلى ضوء هذا المفهوم، يدخل تقدير ملائمة التفويض الصادر من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية، في إطار المسائل السياسية. ويندرج كذلك في نطاقها مباشرة السلطة التنفيذية لامتيازاتها التي اختصها الدستور بها. كقرارها بأن ممثلي الدول الأجنبية المعتمدين لديها، هم الذين أنابتهم دولهم عنها في تمثيلها^(٣)؛ وأن المعاهدة التي أبرمتها مع إحدى الدول الأجنبية، قد وقعتها ممثلاً^(٤). وليس لجهة الرقابة القضائية كذلك أن تجد اعتراضاً باستقلال إحدى الدول^(٥) أو لكها مباشر سيطرة قطعية على إقليمها^(٦)؛ ولا أن تنازعها في قرارها بأن حرباً اضطرهم أوارها وتدور رحاها بين دولتين أو أكثر، أو أن أعمالاً عدائية قائمة بينها^(٧)؛ ولا أن تخوض في قرارها بشأن

(١) Scharpf, "Judicial Review and the Political question" A fundamental Analysis. 75 Yale law journal, 517, 566- 82 (1966); Finkelstein, "Judicial Self- Limitation. 37 Harv. L. Rev. 338, 361 (1924); Redish, "Judicial Review and the Political Question". 79 N.Y.L. Review 1031, 1022- 1055 (1985).

(٢) Department of Commerce v. Montana 503 U.S.442 (1992).

(٣) In Re Bais 136 U.S. 403 (1890).

(٤) Doe v. Braden 75 U.S. 16 How , 635 (1853).

(٥) United States v. Palmer, 16 U.S. (3 Wheat) 610 (1818); Jones v. United States, 137 U.S. 202 (1890); Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918).

(٦) Foster V. Nelson, 27 U.S. (2pet) 253 (1829).

(٧) Ware v. Hylton 3 U.S. (3Dall) (1796).

إحدى الدول التي كانت ترتبط معها بمعاهدة ثنائية، لم تعد تمثل شعبها، وأن كيانا جديدا قد حل محلها^(١). ولا أن نقاشها في الكيفية التي تكبر بها علاقاتها السياسية^(٢).

ويعتبر كذلك من الأعمال السيادية:

١. قرار تكوين قوة نظامية سواء صدر بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بموافقة السلطة التشريعية. وسواء تعلق الأمر بإعداد هذه القوة أو تجهيزها أو تدريبها، أو بمعايير التحقق من كفاءتها، بما يقيم بنيانها ويكفل نهوضها بمسئوليتها^(٣).

٢. قرار الدخول في معاهدة دولية سواء بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بمشورة السلطة التشريعية، وموافقتها.

٣. قرار السلطة التنفيذية بإلغاء معاهدة دولية، ولو كان الدخول فيها مشروطا بموافقة السلطة التشريعية.

٤. قرار السلطة للتنفيذية رفض الترخيص بالطيران فوق إقليمها لجهة أجنبية^(٤). كلما يسي هذا الرفض على تقارير قدمت إليها الأجهزة الأمنية. وهي تقارير لا يجوز للجهة القضائية أن تحل نفسها محل السلطة التنفيذية في مجال تقييمها لتلك التقارير التي تنسم بسرية معلوماتها ويحساسيتها، ويعتذر كشفها لجهة الرقابة. فضلا عن أن الاطلاع عليها، تكلفه محاذير كثيرة ينبغي توقيها. كذلك فإن رفض هذا الترخيص يرتبط بعوامل كثيرة يعذر التكتب بها، ويعود النظر

(١) راجع في ذلك رأي القاضي Brennan في قضية (1979) 444 U. S. 996 Goldwater v. Carter، وتلخص وقائعها في أن الحكومة الأمريكية المركزية ألغت معاهدة الإنذاع المشتركة بينها وبين Taiwan بعد اعترافها بجمهورية الصين الشعبية.

(٢) In re Baiz, 136 U.S. 403 (1890).

(٣) Gilligan v. Morgan 413 U.S. 1 (1973).

(٤) Chicago and S. Air Lines v. Waterman S.S. Corp., 333 U.S. 103, 111, (1948).

ويلاحظ أن قرار السلطة التشريعية بتوفير الشروط التي يتطلبها قانون أقرته في شأن أحد المخاطبين بأحكامه، لا يعبر عن المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في توفر هذه الشروط أو تخلفها من إختصاص السلطة القضائية وحدها.

فيها إلى المسئولين عن رخاء شعبهم حتى لا يعاق. فضلا عن أن منح هذا الترخيص أو حججه يتصل بالكيفية التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

٤٥٩- وما يقال من أن نصوص الدستور جميعها ينبغي احترامها، وأن على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تبأشر ولايتها في شأن كل عمل أو إجراء يصدر مخالفا لها، أيا كان محتواه أو الهيئة التي صدر عنها؛ وإلا جاز التذرع بوجود ثمة مناطق من الدستور لا يجوز لجهة الرقابة القضائية أن تمد بصرها إليها^(١)، مردود أولاً؛ بأن المسائل السياسية تعصمها طبيعتها عن مراجعتها قضائياً؛ وأن ما قد يؤثر من جدل بشأنها لا يجوز أن يتناول حقيقتها، ولا ضرورة تجبها؛ وأن معايير تطبيقها، وضوابط تحديدها -التي لا زال النزاع حولها محتكماً حتى في النظم غير الفيدرالية- هي التي ينبغي التركيز عليها، وأن توجه اهتمامنا لها.

ومردود ثانياً؛ بأن قضاء الشرعية الدستورية، وإن كانوا لا يفصلون في المسائل السياسية، وليس ذلك لأهم بعضهم أبصارهم عن مناطق في الدستور، فلا يرونها، ويتجاهلون بالتالي حقيقة أن نصوص الدستور جميعها لا تتأبى على التطبيق، وأنها في حقيقتها قانون يتعين فرض أحكامه على الدولة والناس جميعهم. ذلك أن السلطة القضائية إذ تقرر أن الدستور قد عهد باختصاص معين إلى الكونجرس أو إلى السلطة التنفيذية، فلاها لا تتخطى بذلك عن ولايتها، ولكنها تقرر فقط أن مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص معين بذاء على نص في الدستور، لا يولد حقاً لأخرين يجوز استخلاصها قضائياً وتنفيذها جبراً Judicially enforceable rights.

ذلك أن تقرير هذه الحقوق وتنفيذها، لا يلتزم والسلطة المنفردة التي يملكها البرلمان أو التي تبأشرها السلطة التنفيذية وفقاً للدستور. ولا يخول السلطة القضائية أن تحل مطعها فيما قصره الدستور عليهما، ويقتضيه ذلك أن تتحقق أولاً مما إذا كانت السلطة التي يباشرها البرلمان أو السلطة التنفيذية واقعة في الحدود المنصوص عليها في الدستور. فإذا بان لها ذلك، فإن مزاحمة إحداهما في اختصاص أفراد الدستور لها، يكون لغواً.

ومردود ثالثاً؛ بأن السلطة القضائية إذ تحصى نفسها عن الفصل في المسائل السياسية، فإنها لا تفصل في شرط المصلحة؛ ولا في شكل الترضية القضائية التي يسقطها المدعى في الخصومة

(١) Henkin, "Is There a Political Question Doctrine", 85 Yale L.J. 607- 17 (1976).

الدستورية؛ ولا في نوع الأضرار التي يقول بحدوثها؛ ولكنها تقرر فقط أن الحقوق التي يطلبها المدعون في الخصومة الدستورية، يفترض أن ترتبط بأضرار أصابتهم بغير حق. وهو ما لا يتحقق في مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص أفراد الدستور لهما، إذ ليس ثمة قيود يمكن فرضها على هذا الاختصاص، وليس ثمة حقوق يمكن استخلاصها بالتالي كنتيجة مترتبة على تجاوز قيود نص الدستور عليها^(١).

٤٦٠- ومن المقرر كذلك أن تشخيص المسائل السياسية أو تصنيفها لفصلها عما سواها، لا ينأى من خلال معيار عام يعتبر جامعا لكل فروضها، أو محوطا بصور تطبيقاتها على اختلافها. وإنما يعتد في تحديد المسائل السياسية بتفريدها لا بتعميمها، حتى تتحقق جهة الرقابة القضائية من نوافذ مطلبيتها في كل حالة على حدة^(٢).

Political questions may be more amenable to description by infinite itemization than by generalization.

ومع التسليم بأن مفهوم المسائل السياسية ليس مستصفا على التحديد، وعلى الأكل في مناطق بذواتها تبدو فيها هذه المسائل وثيقة الصلة بالحدود التي احتجزها الدستور لكل من الممثلين التشريعية والتنفيذية وفقا لضوابط الفصل بينهما؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية تطوّر في القضاء المقارن. ذلك أن للنظر التقليدية لها هي التي بلورها القضاء الأمريكي في قضية *Marbury v. Madison* وحاصلها أن يفصل قضاء الشرعية الدستورية في كافة المعائل الدستورية التي تعرض عليهم، وذلك فيما خلا تلك التي يكون الدستور قد ناط مسئولية اتخاذ قرار منها فيها بالسلطة التشريعية أو التنفيذية^(٣). وليس لهم بالتالي إلحام أنفسهم في مسائل عهد الدستور بها إلى السلطة التنفيذية منفردة^(٤).

(١) Laurence H. Tribe, 97- 98 .

(٢) Frank, Political Questions, Supreme Court and Supreme Law (Bloomington, 1954), p.36.

(٣) Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 Harvard Law Review, 1,7 (1959); "Weston, Political Questions", 38 Harv. L. Rev., 296 (1925).

(٤) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, 170, (1803).

قد تقرر في هذه القضية الأخيرة أن المسائل المحيرة بطبيعتها سياسية، أو التي عهد بها الدستور إلى السلطة التنفيذية، لا يجوز أن تنظرها المحاكم.

ففي قضية Ware v. Hylton رفض القضاء الأمريكي النظر فيما إذا كان رئيس الجمهورية قد أخل بمعاهدة دولية^(١). وكذلك فيما إذا كان استدعاؤه الميثاقيا بناء على تلويض من الكونجرس، يعتبر إجراء ملائماً أو غير ملائم^(٢).

كذلك قرر القضاء الأمريكي -في قضية Luther v. Bordon- أن وجود جهتين متباحرتين تتصارعان على السلطة في جزيرة Rhode Island يخول الكونجرس دون غيره، أن يقرر أياً منهما هي الحكومة الشرعية. فإذا فصل في ذلك، تحين عليه أن يفصل بحذذ فيما إذا كان شكلها يعد جمهورية أو لا^(٣).

وقد خول الدستور الأمريكي رئيس الجمهورية أن يوفر الحماية لكل ولاية لسي مواجهتها اضطرابات الداخلية، وأن يتدخل بالقوة لإعادة الهدوء والنظام إليها بناء على طلب السلطة التشريعية في الولاية أو حاكمها.

وارئيس الجمهورية في هذه الأحوال أن يحدد في نطاق سلطته التقديرية، الجهة التي تعتبر من منظوره، هي السلطة التشريعية في الولاية، ومن هو حاكمها.

وليس لجهة قضائية أن تقرر أن جهة غير التي عينها رئيس الجمهورية، هي السلطة التشريعية المجلية، أو أن شخصاً غير من حذده، هو حاكمها^(٤).

٤٦١- وعبر السنين، ظل تطبيق مفهوم المسائل السياسية قائماً على أن بعض المسائل الدستورية لا تقبل بطبيعتها الفصل قضائياً فيها Non Justiciable Issues. ودل القضاء المقارن على أن المسائل السياسية تكون كذلك:

(١) Ware v. Hylton, 3 Dall (3 U.S.) 199 (1796).

(٢) 12 Wheat (25 U.S.) 19 (1827).

(٣) Luther v. Bordon 7 How. (48 U.S.) 1, (1849); See also Pacific States Tel v. Oregon 223 U.S. 118 (1912).

(٤) Luther v. Bordon, 7 How. 48 (U.S.) 1, 40 (1849).

ويدخل كذلك في إطار المسائل السياسية تحديد من هو الحكم القطعي أو الشرعي De jure orde fact في دولة أجنبية.

١. إذا لم تتوافر لقضاة الشرعية الدستورية المعلومات اللازمة للفصل في النزاع وتعذر عليهم الحصول عليها^(١).

The lack of requisite information and the difficulty of obtaining it.

٢. أو إذا كان ضرورياً توحيد القرار في بعض المسائل، وإحالتها إلى الأفرع السياسية التي تتولاها بحكم مسئوليتها الأعرض^(٢).

The necessity for uniformity of decision and deference to the wider responsibilities of the political departments.

٣. أو إذا لم تكن لديهم معايير أو ضوابط ملائمة يستنبضونها لحل النزاع المطروح عليهم

The lack of adequate standards to resolve a dispute.

٤٦٢- وتحدد المسائل السياسية بالتالي صوراً من القيود التي يطرحها الدستور على مباشرة قضاة الشرعية الدستورية لولايتهم. ومن ثم تكون المسائل السياسية جزءاً من مفهوم أشمل يتصل بالمسائل التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها بدرجة علم. وإذا كان قضاء الشرعية الدستورية يتجديون الغرض في المسائل السياسية بما يضر بهيبتهم، أو يشي بشرعهم.

A way of avoiding a principled decision damaging to the court or an expedient decision damaging to the principle.

إلا أن من المحقق أن المسائل السياسية لا قيام لها، كلما كان الإخلال بقاعدة في الدستور -كذلك التي تتعلق بشرط الحماية القانونية للمتكلفة- يولد حقوقاً لهؤلاء الذين أضر بهم قانون أهدر هذه القاعدة، أو حد من نطاق تطبيقها.

وغير مثال على ذلك قضية Baker v. Carr، ذلك أن موضوعها تعلق بتقسيم إجراء مشروع للولاية للدوائر الانتخابية المختلفة في عدد سكانها، ولقي كان من شأن اختلالها على هذا النحو، أن يمار الناخبين في الدوائر الأكثر كثافة في عدد سكانها، أصواتاً وزناً أقل من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد سكانها، بما يخل بشرط الحماية القانونية للمتكلفة -بين

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 453 (1939).

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217, 226 (1962)

هؤلاء وهؤلاء. وقام قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية على أساس أن المسائل السياسية؛ Political Questions غير القضايا السياسية Political Cases؛ وأن من سلطة المحكمة أن تفصل في كافة المسائل التي يطرحها المتدعون عليها كلما كان أساسها مجاوزة اختصاص مقرر بالدستور؛ وأن معايير تطبيق شرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين بعضهم وبعض، يسهل إدراكها وتطبيقها، فلا يدخل النزاع المتعلق بها في نطاق المسائل السياسية^(١).

٤٦٣- وتطيل القضاء المقارن في شأن المسائل السياسية، يدل على أن جهة الرقابة على الدستورية إما أن تأخذ في شأنها بوجهة نظر تقليدية A classical view تلزمها بالفصل في كل خصومة تعرض عليها، ما لم تكسر المسائل التي تثيرها -وفي حدود اجتهادها القضائي- بأن الدستور عهد بالفصل نهائياً فيها إلى السلطة التشريعية أو إلى السلطة التنفيذية.

وأما أن تأخذ بوجهة نظر تحوطية A prudential view تتولى بها الفصل في موضوع النزاع المطروح عليها، كلما كان للفصل فيه يقتضيها للتخلي عن مبدأ هام، أو لتضحية بهيئتها.

وإما أن تأخذ بوجهة نظر وظيفية A functional approach تلزمها بأن تولى اعتبارها لكافة العوامل التي تحول دون أدائها لوظيفتها القضائية بالطريقة السليمة. ويندرج تحتها صعوبة حصولها على المعلومات الكافية للفصل في الخصومة المطروحة عليها؛ وضرورة صدور قرار واحد في المسائل موضوعها، والمسئوليات الأكبر الملقاة على عاتق السلطة التشريعية أو التنفيذية في شأن هذه المسائل.

٤٦٤- ويدل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Baker v. Carr على محاولتها تأصيل نظرية المسائل السياسية، حتى تقوم لها أعمدتها من خلال ضوابط تعين على تحديد مفهوميها، وتبين أسسها. ذلك أنها تقدم لهذه المسائل من خلال عدد من المعايير التي حددتها، والتي تقول بأنها تظهر بنفسها، وتُحل برأسها في كل خصومة تكون المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية.

(١) Pollack "Judicial Power and the Politics of the people", 72 Yale L.J. 81, 88 (1962), See Also, Bonfield "Baker v. Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government" 50 Calif. L. Review, 245, 253-55 (1963).

فالمعايير التي رددتها تعريفاً بالمسائل السياسية، وتجلة لغموض جوانبها، هي التي بيدها:
أولاً: مسائل اختصاص الدستور بها وبصورة لا تغطيها العين- السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

A textually demonstrable constitutional Commitment to a coordinate political department

[وهذه هي وجهة النظر التقليدية في شأن المسائل السياسية]

ثانياً: مسائل لا تتوافر لجهة الرقابة على الدستورية بشأنها، المستويات القضائية التي تمكنها من البصر بها والارتكان إليها لحل النزاع المطروح عليها. ولا تتوافر بشأنها بالتالي لهذه الجهة معايير واضحة تمسكها ببدها، وضوابط قاطعة تستلهمها في حل ذلك النزاع.

A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it.

ثالثاً: مسائل يستحيل الفصل قضائياً فيها قبل أن تحدد جهة غير قضائية -في حدود سلطاتها التقديرية- سياستها المبدئية بشأنها.

The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion.

[والمعياران المشار إليهما في ثانياً وثالثاً، يبلوران وجهة النظر الوظيفية لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في شأن تحديد المسائل الدستورية].

رابعاً: مسائل يستحيل على جهة الرقابة القضائية أن تصدر قراراً بشأنها تستقل به عن السلطتين التشريعية والتنفيذية بغیر أن تتجاهل لريضة الاحترام التي ينبغي أدائها لهاتين السلطتين.

The impossibility of a court's undertaking independent decision without expressing lack of the respect due coordinate branches of the government .

خامساً: ألا يكون أمام جهة الرقابة القضائية على الدستورية خيار غير الانضمام إلى قرار سياسي صدر فعلاً.

An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made.

سادساً: رجحان الوقوع في الحرج من جراء صدور أكثر من قرار في موضوع واحد من أكثر من فرع من فروع الحكومة.

The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

[والمعايير المشار إليها في رابعا وخامسا، وسادسا، تابعة جميعها من الناحية التحوطية لجهة الرقابة على الدستورية في معالجتها للمسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة المطروحة عليها].

٤٦٥- والفكرة الجامعة بين الضوابط التي حددت بها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية مفهوم ونطاق المسائل السياسية التي تخرج عن حدود الوظيفة القضائية، أن هذه المسائل جميعها مستعصية بطبيعتها على الفصل قضائيا فيها لاعتبار كامن فيها Inherently non-justiciable - لا لأن ثمة مناطق من الدستور ينبغي حجبها عن السلطة القضائية فلا تمد بصرها إليها- وإنما لأن الدستور عهد بالفصل في بعض المسائل الدستورية إلى غير السلطة القضائية، فلا يجوز أن تقوم نفسها فيها.

٤٦٦- والذاكون لمفهوم المسائل السياسية، يرون أن جهة الرقابة على الدستورية كان يكفيها إما أن تقرر أن المسائل التي تدخل في الولاية المنفردة للسلطة التشريعية والتنفيذية، لا تجوز رقابتها قضائيا؛ وأما أن تقرر انتفاء مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية في الطعن على المسائل التي تراها من طبيعة سياسية؛ أو تعلن صعوبة تقرير الترضية للقضائية الملائمة في شأنها^(١).

وجهة نظر هؤلاء الناقدتين يعيبها:

أولاً: أن السلطة ينبغي توزيعها بما يحول دون تنازع الأفرع التي تمارسها، أو تنافسها فيما بينها. ولا يجوز أن نتخذ من غموض نصوص الدستور موطئا لهم قاعدة الفصل بين السلطتين

(١) Henkin, "Is there a 'Political Question' Doctrine," 58 Yale Law Review, 607- 17 (1976).

التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية التي تكلفهما في وزنها من ناحية ثانية. ذلك أن لكل سلطة ولاية تتحدد على ضوء طبيعة وظائفها والأغراض المقصودة من إسنادها إليها. وفي منطقة الفصل هذه، تظهر المسائل السياسية في الأعم من تطبيقاتها. ومما يناقش الوظيفة التي تقوم عليها جهة الرقابة على الدستورية، أن تقوم نفسها في مسائل اختص الدستور بها السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، وفوضهما باتخاذ القرار النهائي فيها.

ثانياً: لئن جاز القول بأن نصوص الدستور تقبل بطبيعتها تنفيذ أحكامها في مواجهة المخاطبين بها، إلا أن نظرية المسائل السياسية لا تفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تكون عمياء بالنسبة إلى مناطق الدستور. ذلك أن هذه الجهة لا تتخلى عن وظيفتها حين تنظر إلى بعض المسائل الدستورية بوصفها من طبيعة سياسية. ولكنها تقرر فقط -وفي حدود سلطتها في تفسير الدستور- أن العمل أو الإجراء الصادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية في موضوع معين، لا يولد حقوقاً يجوز تنفيذها قضائياً. *Does not yield judicially enforceable rights*، وفرضها بالتالي على هاتين السلطتين. وعليها من ثم أن تفصل ابتداء فيما إذا كان العمل أو الإجراء الصادر عن إحداهما يدخل في إطار المهام التي لخصتها الدستور بها، وقصرها عليها.

وقضاؤها في ذلك لا يتعلق بالمصلحة الشخصية المباشرة المدعى في الخصومة الدستورية، ولا بنوع الأضرار التي عانى منها، ولا بطبيعة الترضية التي ترد للحوار عن الحقوق التي يدعيها. وإنما يتعلق قضاؤها بما تنفرد به السلطانان التنفيذية والتشريعية بذاء على نص في الدستور، وما إذا كان بوسعها أن تستخلص من هذا النص، الحقوق التي يطلبها المدعى في هذه الخصومة.

بما موداه أن ما ينبغي أن تفوض جهة الرقابة على الدستورية فيه، هو ما إذا كان في استطاعتها أن تترجم مبدأ أو أكثر كما نرا وراء نص في الدستور، إلى قيد على السلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن الإخلال بالتقيد هو وحده الذي يفرز الحقوق الفردية التي يجوز طلبها وتنفيذها قضاء من خلال تخريجها على نصوص الدستور بعد تفسيرها.

فلا تتفصل نظرية الأعمال السياسية -في مدلولها ومحتواها- عن المسائل التي يجوز الفصل قضائياً فيها. وفي ذلك تحديد لإطار الوظيفة القضائية، وتقرير لتقومها^(١).

ثالثاً: أن الأعمال لا تعتبر سياسية بناء على درجة أهميتها للسلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن المسائل السياسية غير القضايا السياسية.

فالذين يدعون بأن تقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، وتحديد المقاعد التي تخص كلا منها، قد أغفل تفاوتها في عدد سكانها، وحط بالتالي من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأكثر كثافة في عدد سكانها، بالقياس إلى وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد المقيمين بها، إنما يركزون مناعهم على إخلال هذا التقسيم بشرط الحماية القانونية للمتكلفة. وهو شرط يولد حقوقاً فردية يجوز تنفيذها قضاء على ضوء المعايير والمستويات التي لفتها جهة الرقابة على الدستورية وطورتها في مجال تطبيق هذا الشرط^(٢).

رابعاً: أن مفهوم المسائل السياسية ليس (إلا استثناء من أصل خضوع المسائل الدستورية للرقابة على الشرعية الدستورية. ولا يحول هذا الأصل دون النظر إلى بعض المسائل الدستورية باعتبار أن جهة الرقابة على الدستورية غير مهية للفصل فيها III - suited بالنظر إلى طبيعتها، كالمسائل الحيوية التي لا يجوز أن يكون للدولة فيها غير صوت واحد. Single voiced statement of the Governments' views.

كذلك المتعلقة بإدارة الدولة للشئون الخارجية. ولا يتصور بالتالي أن يحل حكم قضائي من بنیان السياسة الخارجية التي تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية برسمها، ولا أن يوجهها بما يضر بمصالحها. خاصة وأن خطأ جهة الرقابة على الدستورية في مجال تقييم هذه المسائل الدستورية، قد يكون فادحاً في تكلفته، وقد يعوق تنفيذ تدابير لها صلة وثيقة بالأمن القومي كإدارة الدولة لمعاملاتها الحربية.

(١) قررت المحكمة العليا القيدالية للولايات المتحدة الأمريكية أن الفصل فيما إذا كانت الحكومة تقتل في الولاية هي الحكومة الشرعية، أم أن الثوار الذين يجحدون سلطتها وينزعونها فيها، هم الأحق بتولي شؤونها، لا يدخل في اختصاصها، بل يفرد الكونجرس بالفصل فيه.

Laurence H. Tribe, American Constitutional law, second edition, pp. 97-98. وراجع أيضاً: Luther v. Borden, 48 (7 How. 1) (U.S.1849).

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

ويتعين بالتالي أن تتقيد جهة الرقابة على الدستورية في هذه الأحوال -وما يماثلها- بأن يكون موقفها منها قائماً على التحوط، وأن تنظر إلى نفسها -لا باعتبارها جهة قضائية خولها الدستور سلطة الاعتراض على كل قانون، وكل إجراء أو تكبير صدر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية A veto power- وإنما بوصفها نقطة للتوازن بين سلطتين أخريين منتخبين، لكل منهما اختصاصاتها التي كفلها الدستور، وينبغي أن يتاح لهما قدر من حرية التقدير فيما تنفردن به من الشئون، ما فتئت ملتزمين بتخوم الولاية التي حددها الدستور لكل منهما.

خامساً: أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تتخلى عن مسؤوليتها في ضرورة ضبط المسائل السياسية، وتقرير ما يندرج تحتها أو يخرج عنها.

وهي تعيد النظر في نطاقها من أجل حصرها في دائرة ضيقة، وعلى الأخص لأن عنصر الزمن كثيراً ما يدخل تغييراً على مفاهيمها بما يحل مما كان مستقراً من ثوابتها. فلا تتداح دلائرها، ولا تتحول المسائل السياسية إلى جوامد تفرض نفسها على جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها الحقيقة التي لا تتبدل. وإنما يظل لطاق المسائل السياسية مردنا منحصراً في حدود منطقية، ونأيا عن معايير جامدة لها قوالبها الصماء التي تصبها فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

وأظهر مثال على ذلك أن تقسيم السلطة التشريعية للدوائر الانتخابية، كان يعامل باعتباره من الحقوق الثابتة لها التي لا يجوز نقضها. وكان ينظر إلى الطريقة التي اختطها هذه السلطة لإجراء ذلك التقسيم باعتباره من إطلاقتها، وأن جهة الرقابة على الدستورية مجردة من الوسائل القضائية التي تعيد بها تقسيم هذه الدوائر بما يكفل تناسباً قدر الإمكان بين عدد سكانها والمقاعد المرصودة لها في المجالس ذات الصفة التمثيلية. ولا يجوز لها بالتالي أن تقدم نفسها في أدغال سياسة A political thicket which Courts ought not to enter تكفل دروبها عليها وتتوهم بين أعضائها في تشابكها وتعقدها^(١).

(١) Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

وإذا قرر القاضي فرانكفورت في هذه القضية أن المدعين يطلبون في هذه القضية من المحكمة ما يخرج من اختصاصها، وأن النزاع حول دستورية تقسيم الدوائر الانتخابية في هذه القضية، من طبيعة سياسية صرفاً، ولا يجوز بالتالي الفصل قضائياً فيه.

واليوم تحول هذا المفهوم من النقيض إلى النقيض. إذ صار ثابتاً أن هذه الأدغال لا وجود لها إلا في عقل من يتوهمونها، وأن ما تراه السلطة التشريعية ملائماً من النظم والدوائر الانتخابية سواء في مضمونها أو تسمياتها، مشروط بضملائها للحقوق السياسية لمواطنيها، والتي ينكرج تحتها أن تنكأ أصولهم في وزنها، وأن يكون لكل دائرة انتخابية عدد من المقاعد في المجالس التمثيلية يتحدد قدر الإمكان بمراعاة عدد سكانها.

Equal representation for equal number of people as nearly as possible.

سابعاً: أن تمييز السلطة التشريعية أو التنفيذية بين مواطنيها، لا يجوز أن يعادل كتعسير عن سياسة اختطتها لا تجوز مناقشتها فيها. ذلك أن كل تمييز غير مبرر لا يدل إلا على تحكمها وتشويهها. ويستحيل أن يكون عملاً سياسياً.

سابعاً: أن تعدد الفصل في بعض المسائل الدستورية أو تشابكها في العناصر التي تقوم عليها، لا يحلها بالضرورة إلى مسائل سياسية تغاير في نوعها -لا في درجتها- غيرها من المسائل الدستورية التي تنفرد جهة الرقابة على الدستورية أصلاً بالفصل فيها. وعليها بالتالي أن تتخذ قراراتها في كل شأن يتعلق بوظيفتها القضائية استقلالاً عن السلطان التشريعي والتنفيذي، ولو كان قضائياً في المسائل الدستورية المطروحة عليها يصادم توجهها لإحداها أو يحرجه.

ثامناً: أن امتناع الفصل قضائياً في المسائل السياسية، مرده أن تدخل جهة الرقابة على الدستورية فيها، أن يسعها في أن تستخلص من نصوص الدستور المدعى مخالفتها لأحكامها، حقوقاً فردية لأصحابها؛ وأن الالتحام هذه المسائل كثيراً ما يقتضي باتار ضارة عليها أن تكبحها، ويترج تحتها أن تتمرد السلطان التشريعي والتنفيذي عليها، فلا تتخذ أحكامها فيما يخصهما الدستور بتقريره. ولا يتصور بالتالي أن تصدر جهة الرقابة على الدستورية قراراً سياسياً في موضوع الخصومة التي تنظرها، وإنما تقتصر مهمتها على الفصل بحكم تصدره، في المسائل القانونية التي تنظرها هذه الخصومة^(١).

(١) Edward L. Barrett Jr., William Cohen., Jonathan D. Varat, "Constitutional law, Cases and Materials", eighth edition, 1989, p.144

تاسعاً: أن نصوص الدستور لا يجوز أن تنص بأن رصد كل خروج عليها أمر يتولاها السلطان التشريعية والتنفيذية دون غيرهما في نطاق المحاسبة السياسية، وليس على صعيد المسؤولية القانونية^(١).

٤٦٧- ويبقى أن يلاحظ. في شأن المسائل السياسية ما يلي:

١. أن السلطة التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية في مجال التفسير النهائي للدستور، هي الضمان القاطع لإنهاء كل جدل حول مضمونه. ومباشرتها لهذه السلطة ليس من شأنه إحراج السلطتين التشريعية والتنفيذية أو إحداهما، أو تجريدها، أو مناصتها في طريقة فهمها للدستور. إذ لا يجوز أن نفترض توافقا فيما تراه جهة الرقابة على الدستورية، وهاتين السلطتين، تفسيراً صائباً لأحكامه. فلا يكون أمام هذه الجهة إلا أن تتحمل بمسئوليتها القضائية فصلاً في المسائل الدستورية التي طرحتها الخصومة القضائية، وبغض النظر عن آثار حكمها.

٢. أن المسائل التي تتصل بإدارة السلطة التنفيذية لشئون علاقاتها الخارجية سواء كان قرارها فيها منفرداً أم بالتعاون مع السلطة التشريعية، لا تعتبر جميعها من المسائل السياسية. ذلك أن واقعة إبرام معاهدة دولية أو إنهاء العمل بها، وإن صح اعتبارها من المسائل السياسية، إلا أن الفصل في دستورية المعاهدة سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي تطلبها للدستور فيها، أو من ناحية توافق أحكامها مع مضمون نصوص الدستور، يظل حقاً لجهة الرقابة على الدستورية. كذلك يجوز لهذه الجهة، إذا لم يكن قد صدر قرار عن السلطة السياسية بإنهاء معاهدة أبرمتها، أن تنسحب الأوضاع التي أحاطتها بعد العمل بها بما يفيد زوال آثارها.

وكما كان القرار بإنهاء معاهدة دولية، مقتضياً تنحلاً من السلطة التشريعية وفقاً للدستور، فإن قرار رئيس الجمهورية بالتحال منها، يكون مخالفاً لأحكامه بما يستتبعه الولاية التي تباشرها جهة الرقابة القضائية في شأن المسائل الدستورية. ذلك أن تلك الجهة إما تطبيق قواعد الدستور التي وزع بها الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهي بعد قواعد لا يحتاج تطبيقها إلى موازين تقتدر إلبها السلطة القضائية.

(١) للحرب التي يعلنها رئيس الجمهورية على دولة أخرى ولو كان مختصاً بإعلانها بمقتضى الدستور، يجوز أن تسائله السلطة التشريعية عنها سياسياً.

٣. أن اعتبار الأعمال التي خص الدستور بها السلطة التشريعية أو التنفيذية من الأعمال السياسية، لا يتوخى غير ضبط الإيقاع في الدولة. ولا يتصور بالتالي أن يكون التحكم أو لفراط عقد النظام العام من مقوماتها أو نتائجها^(١).

٤. كلما كان الفصل في الخصومة الدستورية، متضمنا لاختراق عناصر من طبيعة سياسية، خرج موضوعها عن إطار المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها.

٥. أن تقرير ما إذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية امتياز وفقا للدستور، يقتضي أن تفصل جهة الرقابة على الدستورية أولا فيما إذا كان الدستور قد حولها هذا الامتياز. وعليها يحدّد أن تحدّد مده. ذلك أن الأصل في كل امتياز مقرر بناء على نص في الدستور، هو أن يفسر لمسى حدود ضيقة لضمان خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون. وإذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تتكثّر بنصوص الدستور للدفاع عن اختصاص كظه الدستور لها، فإن شرط ذلك هو أن تتقيد بالضوابط التي فرضها الدستور عليها للحصول على الحقوق التي يخولها هذا الاختصاص.

ذلك أن كل امتياز ليس مطلقا، بل يتعين أن يكون موصوفا، ومقيدا بالأغراض التي يتوخاها. فإذا جاوزتها السلطة التشريعية، ولو كان قرارها في ذلك بأغلبية ثلثي أعضائها، تعين ردها على أعقابها، وإلزامها بالحدود التي فرضها الدستور على نشاطها، والتي لا يجوز إبدالها من خلال اقتراع السلطة التشريعية على تجاوزها.

٦. أن للتحوط في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وإن ألزم جهة الرقابة على الدستورية بالألتزاق في نزاع شجر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وألا تستبق الفصل فيه قبل أن تنهيا لهما فرص حله بطريقة هائلة، ومن خلال الوسائل السياسية لا القانونية، إلا أن شرط ذلك ألا تحكم إحداهما في خلافا مع الأخرى، لأحكام الدستور ذاتها من خلال الخصومة الدستورية.

(١) لإعلان الدولة بدء أعمال عنفانية ضدها وامتناع النظر في دستورية هذا الإعلان، لا يتوخى غير تركيد المخاطر التي تواجهها، وحشد الجهود لدعم صليتها الحربية، فلا يتردد أحد في معاونتها والفضوع لتعليماتها الصادرة في هذا الشأن.

ذلك أن النزاع بين هاتين السلطتين -كلما انحل إلى عدوان من إحداهما على الولاية التي أثبتتها للدستور لشريكها في الحكم- لا يدخل في إطار المسائل السياسية، ولا يختبر من جنسها؛

٧. كلما كانت المعايير التي تطبقها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل فسي النزاع المعروف عليها -وسواء تعلق الأمر بمضمون هذه المعايير أو مستوياتها- لا توصلها إلى حل لموضوع الخصومة الدستورية، فإن المسائل التي تلمحها هذه الخصومة، تعتبر بناءً على هذا الاعتبار وحده، من المسائل السياسية.

٨. تفترض المسائل الدستورية في بعض تطبيقاتها، ألا تُعَد جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تقييم قرار صدر عن السلطة التنفيذية أو التشريعية في مسائل اختصاصها الدستور بالحكم عليها.

يبدو أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية تظل مختصة بالفصل فيما إذا كان الدستور قد حول هاتين السلطتين أو إحداهما، سلطة اتخاذ هذا القرار. ذلك أن حدود هذه السلطة من المسائل التي تفصل هذه الجهة فيها وفقاً للدستور. ولا شأن لها بالتالي بالتقدير السياسي.

ويتعين بالتالي النظر إلى إلغاء السلطة التنفيذية لمعاهدة دفاع كانت قد أبرمتها مع إحدى الدول بعد اعترافها بدولة أخرى كممثل وحيد لشعبها، باعتباره من المسائل السياسية. ذلك أن إلغاءها لمعاهدة للدفاع المشار إليها، نتيجة مترتبة بالضرورة على سلطتها في أن تقرر بنفسها أن دولة أجنبية تمثل شعبها، أو التخلي عن اعترافها بشرعيتها.

٩. إذا شرط الدستور لجواز إجراء معين -كالتصديق على معاهدة دولية- تدخل السلطة التشريعية، فإن اتخاذ هذا الإجراء بغير الرجوع إليها يعتبر مخالفاً للدستور، ولا يندرج بالتالي في إطار الأعمال السياسية.

ولا كذلك أن يكون الدستور قد اختص رئيس الجمهورية دون غيره باتخاذ هذا الإجراء، إذ يعتبر معهوداً به إليه وحده بناء على نص في الدستور، ودخلاً بالتالي في إطار المسائل السياسية^(١).

١٠. طلب الحصول من خلال الخصومة الدستورية على حقوق سياسية يكفلها الدستور؛ لا يفيد بالضرورة أن المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية^(٢).

١١. أن المسائل السياسية يستحيل أن يجمعها محيار عام يحيط بكل صورها، ولا ربطها بمصالح بذواتها تتحد بينها في موجباتها. ذلك أن مثل هذا المعيار -إن وجد- يكون عصياً على التحيل لجموده، وغير ملائم كذلك لمفاهيم المسائل السياسية المتنوعة بطبيعتها، والمتعلقة عناصرها في إطار من التقييم المتواصل للصور التي تدرج تحتها، وإن ظل تكييفها دائراً حول تحيز الفصل قضائياً فيها، إما بناء على نص في الدستور، أو لتعارض الفصل فيها وخصائص الوظيفة القضائية التي تلتزم التحوط من جهة، وتولار الموازين الدقيقة والمعلومات الكافية التي يتهيأ بها الفصل في المسائل الدستورية.

وفي إطار هذا الضابط العام، تتحدد للمسائل السياسية ملامحها الرئيسية، فلا تكون حركتها غير تماوج يتصل بالرقابة على الشرعية الدستورية في توثيقها وتراجعها، في اتساعها وانكماشها، في ترددها واندهاها.

١٢. أن جهة الرقابة على الدستورية إن تحقق الآمال المعقودة عليها بإسائها في تطبيق نظرية الأعمال السياسية.

وإن ترتبط جرائها كذلك بظلمة ليدها عن تطبيقها في حدود مطلقة تتوازن بها شروط مباشرتها: لوظيفتها القضائية -على ضوء خصائص هذه الوظيفة ومتطلباتها- بالقيود الضرورية التي تفرضها كوابحها، ويقتضيها طهرها^(٣).

(١) أنظر في ذلك الآراء الموافقة لكل من القاضي Rehnquist والقاضي Stewart والقاضي Stevens وذلك في قضية Goldwater v. Carter 444 U.S. 996 (1979).

(٢) Parker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

(٣) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

١٣. اضطرد القضاء المقارن على أن اعتبارين يهيئان على نظرية الأعمال السياسية، هما ملاءمة اتخاذ السلطة التنفيذية أو التشريعية لقرار نهائي في المسائل التي اختصها الدستور بها؛ وكذلك انتفاء المعايير والموازن التي تفصل السلطة القضائية على ضوئها في المسائل التي طرحها الخصومة الدستورية.

ولعل المعيار الثاني هو أكثر المعايير المنطقية لضبط المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية، يفترض دائما أن يتوافر لقضاء للشرعية الدستورية المعلومات الكافية، والموازن الدقيقة مستوياتها، الملائمة مدخلها، والتي ينهيا لهم بها الحكم على أعمال انتهت المصلحة التشريعية أو التنفيذية تقييما لها.

فإذا تعلق موضوع الخصومة الدستورية، بأن تعديلا للدستور قد سقط لعدم التصديق عليه خلال مهلة معقول؛ وكان مهلة التصديق على هذا التعديل غير محدّد بنص في الدستور أو في القانون؛ وكانت المواقف لا تدل على ضوابط محددة تبين المدة المعقولة التي يسقط بفواتها كل اقتراح بتعديل الدستور غير مصدق عليه؛ وكانت هذه المدة -حتى وإن أمكن توقعها- ترتبط بنطاق التعديل ومداه، وبالأثار التي يترتبها، وتتداخل فيها كذلك عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية يتخذ رصدها وصولا إلى أغوارها؛ وكانت هذه العوامل حتى مع إمكان تخصيصها والبصر بها عند اقتراح التعديل، قد تتغير بصورة جوهرية وقت عرضه للتصديق؛ وكان مثل هذا التغيير مؤداه أن العناصر التي كان التعديل يقوم عليها، وكذلك موجهاتها، لم يعد لها من وجود؛ فإن تحديد قضاء الشرعية الدستورية للمدة المعقولة التي يسقط بفواتها تعديل غير مصدق عليه، مما يخرج عن موازين التقدير التي تملكها، فلا يكون تحديد هذه المدة إلا عملا سياسيا تتولاه السلطة التشريعية بنفسها^(١).

١٤. كلما ناهض امتياز مقرر للسلطة التنفيذية، إحدى القيم التي احتضنها الدستور، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن توازن بينهما، وأن تصدر حكمها على ضوء الموازنة التي أجرتها.

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

فامتياز رئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه مع معاونيه الآخرين حتى يتخذ قراراته بصورة سليمة على ضوء نصائحهم التي لا يترددون في إبدائها كلما كان كفاءتها مكفولة، يقابله حق السلطة القضائية في أن تفصل في واقعة الاتهام الجنائي المعروضة عليها على ضوء أدلتها، ولو كان من بينها حوار أجراه رئيس الجمهورية مع معاونيه إذا كان تحقق السلطة القضائية من حقيقة ذلك الحوار ومضمونه، يتم في غرفة مغلقة، ويقرر تطلق الوثائق التي تسجل هذا الحوار، بالاتهام الجنائي القلم.

كذلك فإن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها المكفول لها بناء على نص في الدستور؛ ينبغي أن يقابل بحق السلطة القضائية في التحقق من أن حججها هذه المعنوية عن شخص يدعيها، لا يناقض الشروط التي فرضها الدستور في مجال كسبها.

٤٦٨- وفيما يلي عرض لكل من هذين الامتيازين:

أولاً:

الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه التي يجريها مع معاونيه

في قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد رئيسها نيكسون^(١) أصدرت إحدى المحاكم أمراً يلزم رئيس الجمهورية بأن يقدم إليها الشروط التي سجل عليها بعض أحيائه مع عدد من معاونيه لصلتها باتهام جنائي قائم.

إلا أن رئيس الجمهورية رفض تنفيذ هذا الأمر، مستنداً في ذلك إلى أن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز نقضها من خلال إلزام رئيس الجمهورية بأن يقدم الأشرطة التي تسجل حوارها مع معاونيه؛ حتى لا يفقد هؤلاء نقمهم في سرية مناقشتهم مع رئيس الجمهورية، فلا

(١) كان الرئيس نيكسون يرغب لإعادة انتخابه رئيساً للجمهورية عن مدة ثانية. وحتى يقدم فرص إعادة انتخابه أمر عدداً من معاونيه بالتحكم مقر الحزب الديموقراطي في وترجيت، ووضع أجهزة للتصتت على ما يدور فيه حتى يقف على الصورة الكاملة للخطط التي يضعها هذا الحزب في معركة إعادة الترشح للرئاسة. وقد كشفت الصحافة عن حقيقة هذا الاتهام. وأسفر التحقيق فيه عن اتهام سبعة أشخاص من معاوني الرئيس بجرائم مختلفة من بينها إغالة الحفلة والتآمر للتلبس على الولايات المتحدة الأمريكية.

يعبرون بصدق عن آرائهم، وإنما يترددون في الإدلاء بها، ويتحفظون من المسؤولية عنها، فلا تنسم هذه الآراء بالموضوعية والتجرد، ولا يظفر رئيس الجمهورية بالنصيحة اللصائبة التي يتخذ على ضوءها قراراته، ويحمل المسؤولية عنها.

بيد أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية -ومع تسليمها بأن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز إلغاؤها- كان حكمها قاطعاً في أن امتيازاتها هذه مقيدة بحدود لا يجوز تخطيها، وهي تقوم قضائها في ذلك على دعائم حاصلها:

أولاً: أن اتخاذ رئيس الجمهورية لقراراته ينبغي أن يقوم على التحليل الموضوعي لمعاصرها على ضوء المفاضلة التي يجريها بين الآراء التي يطرحها عليه معاونوه -أيا كان مضمونها أو درجة حدتها أو انتفاعها أو مساسها بآخرين- وكذلك بمراعاة جريتهم في أن يصروه بما يرونه صواباً في المعامل التي يناقشونها، وهم واثقون من كتمانها حتى لا يسألهم أحد يوماً عنها.

ثانياً: أن الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية لضمان سرية أحاديثه مع الدائرة الضيقة لمعاونيه، فلا تنتهكها أذان أو وسائل علمية تريد اختراقها، وإن كفل لرئيس الجمهورية أفضل الوسائل لتحديد خياراته، وتقرير السياسة التي يلتزمها في المسائل القومية؛ إلا أن هذا الامتياز ينبغي أن يتوازن بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ ظل تاريخياً قاعدة للحياة الأمريكية، وعلى الأخص في مجال إدارة العدالة الجنائية التي يحكمها مبدأان هما: أن يردع الجناة فلا يفلتوا من ذنوبهم، وأن يطلق سراح الأبرياء حتى لا يعانيوا *Guilt shall not escape or innocence suffer*.

ثالثاً: أن كل واقعة يقوم عليها الاتهام الجنائي يتعين إثباتها. وإغفال تحقيقها يضر بالعدالة الجنائية ويؤذيها فلا تقوم على مسايقها. وعرض واقعة الاتهام بصورة مبسرة، أو إغفال أدلتها أو بعض جوانبها، لا يظهر حقيقتها، ولا يقيم الدليل على عناصرها.

رابعاً: أن لمسلطة الاتهام الوسائل الإنزامية التي تستطيع بها حمل الجمة التي لديها دليل يتعلق بالتهمة الجنائية، على أن تقدم إليها هذا الدليل لتغيرها أو لإثباتها. فإذا لم يكن لذلك الدليل -من صلة بها، أو كان لا يجوز القبول به قانوناً؛ فإن حمل رئيس الجمهورية على تقديمه لا يجوز احتراماً من السلطة القضائية لحقوقه الثابتة في كتمان أحاديثه مع معاونيه، حتى ما كان منها

محدود الأهمية. ذلك أن لأحدثيه هذه قد تناول عرضاً رؤساء دول أو زعماء بارزين . ويتعين كأصل عام حجبتها عن زيديون النفاذ إليها.

خامساً: كلما كان امتناع رئيس الجمهورية عن تقديم دليل يفيد في تحقيق للدعوى الجنائية، ولا يتصل بأسرار سياسية يجب الحفاظ عليها، ولا بضرورة يقتضيها الأمن القومي، فإن إخفاؤه يناقض شرط الوسائل القانونية السلمية، ويهدر الوظيفة القضائية في أعقق توجهاتها، ويخل بما هو مقرر من أن لكل تهمة جنائية وقلمتها التي لا يتصور إثباتها أو نفيها إلا من خلال أدلتها. فضلاً عن أن المصلحة العريضة لرئيس الجمهورية في كتمان حوالاته مع معاونيه، لا يجهضها أن تقتصر المحكمة الجنائية بجزء محدود منها يرتبط بالاتهام الجنائي برابطة وثقى.

سادساً: أن الذين يعاونون رئيس الجمهورية في المهام التي يقوم عليها، لا يستردون في عرض آرائهم عليه عرضاً أميناً، لمجرد أن بعض جوانبها التي تكتصل بتهام جنائي قائم، قد يماط اللثام عنها. وليس لأقوال رئيس الجمهورية وتعليماته وأحدثيه، حصانة تمتد إلى كل صورها حتى ما تعلق منها بدعوى جنائية لا يتصور الفصل فيها بغير أدلتها. وإنما يتعين موازنة امتياز رئيس الجمهورية في سرية أقواله وتعليماته وحوالاته، بأثر هذه السرية في صورتها المطلقة على قواعد إدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة.

سابعاً: إذا كان من الصحيح أن قدراً من السرية يتعين إضفاؤه على بعض الوثائق، أو على صور من الحوار بقدر تعلق هذه السرية بمصالح جوهرية لها وزنها وصلتها بفعالية نهوض رئيس الجمهورية بمسؤولياته الجسام، وكان ولجأ على المحاكم جميعها أن تولي لرئيس الجمهورية كل توفيق على صعيد المهام التي يتولاها، إلا أن من الصحيح كذلك أن إضفاء السرية المطلقة على كل وثيقة تكتصل بعمل الرئيس، وكذلك في شأن كل حوار إجراء، هو تصميم غير جائز، خاصة وأن المستور لا يكتل هذه السرية.

ثانياً:

الامتياز المقرر للبرلمان في مجال الفصل في صحة عضوية أعضائه

٤٦٩- وإذا كان الحكم المتقدم مؤداه أن كل امتياز تدعيه السلطة التنفيذية لنفسها، ينبغي أن يستند إلى نص في الدستور، وأن يباشر في الحدود التي يبينها؛ كذلك الأمر في شأن كل امتياز تطلبه السلطة التشريعية لحسابها.

في قضية *Powell v. McCormack* ثار النزاع أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حول حق باول -وقد كان نائباً عن دلالته الانتخابية وفقاً للدستور- في الحصول على مقعده في مجلس النواب الأمريكي بعد أن اتهمه المجلس بأنه أتى أفعالا تعد انحرفاً سلوكياً عن واجباته كمعض فيه، وحرمة بالتالي من هذه العضوية.

وقد طلب باول أن تصدر المحكمة العليا الفيدرالية، حكماً تقرر بأن قرار حرمانه من مقعده، يناقض الدستور.

وكان على هذه المحكمة أن تفصل في هذا الطلب على ضوء نص الفقرة الأولى من الفصل الخامس من المادة الأولى من الدستور الأمريكي الفيدرالي التي تجعل كلا من مجلس النواب ومجلس الشيوخ الفيدراليين، قاضياً في مجال الفصل في صحة أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members.

وقد تبين للمحكمة المذكورة، أن هذه الفقرة إما أن تفسر باعتبار أن المقصود بها هو تخويل السلطة التشريعية الاختصاص بتقرير شروط العضوية ابتداءً، ثم النظر في شأن تولفها أو تخلفها فيما يدعي عضويته بها؛ وإما أن تفسر من منطلق قصر اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة العضوية على التحقق من استيفاء شروطها المنصوص عليها في المادة الأولى من الدستور الفيدرالي، والتي تنص على أن ثبوت صفة الشخص باعتباره نائباً مناطها أن يكون قد بلغ ٢٥ عاماً، وأن يكون ممتنعاً بجنسية الولايات المتحدة الأمريكية مدة لا تقل عن ٧ سنين، وأن يكون عدد انتخابه من سكان الولاية التي اختير عنها.

No person shall be Representative who shall not have attained the age of twenty five years, and been seven years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen

وقد انحازت المحكمة العليا الفيدرالية -على ضوء ما بان لها من مقاصد آباء الدستور- إلى أن شروط الفصل في صحة العضوية في السلطة التشريعية، لا يحددها إلا الدستور. بما يقتضاه عدم جواز حرمان شخص منها، إذا تم انتخابه صحيحا في الدائرة التي يمثلها، واستوفى شروط العضوية التي صرح الدستور بها.

ذلك أن الديمقراطية الليبرالية قولها لاختيار هيئة الناخبين من يكون في رأيها من المرشحين أصحح لتمثيلها. ويظل هذا المبدأ جوهر الديمقراطية ومحورها، فلا يجوز أن تقيد السلطة التشريعية من مذهب، سواء من خلال تقليصها لدائرة الناخبين المؤهلين قانونا لمباشرة حق الاقتراع؛ أو عن طريق إهدار فرصهم في الاختيار أو تضييقها. ولأن جاز القول بأن مصلحة السلطة التشريعية في ضمان تماسكها، يكفلها عقابها لأعضائها الذين يخلون بواجباتهم أو طردهم عند الضرورة بأغلبية ثلثي أعضائها، إلا أن السلطة التشريعية تقود في مجال الفصل في صحة العضوية، بشروط الدستور التي تحكمها.

ويقدر نقضها بهذه الشروط، يكون قرارها في شأن العضوية من المسائل السياسية التي لا تجوز مراجعتها فيها.

وفي عبارة صريحة تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، بأن ما تقرره من أن لهابول حق في أحد مقاعد السلطة التشريعية، ليس إلا تفسيرا للدستور لا يتوخى مقاطعة السلطة التشريعية أو الدخول في صراع معها. ذلك أن هذا التفسير يتصل بمباشرة الوظيفة القضائية التي تقوم في جوهرها على تحديد معاني النصوص القانونية وإعطائها دلالتها من خلال الخصومة القضائية. والقول بأن تفسير المحكمة العليا للدستور، قد يوقعها في حرج تعارض مصالحها في شأن الأعمال المطعون عليها مع قرار صدر عن السلطة التشريعية ذاتها، ويتعلق بكيفية فهمها لهذه الوثيقة نفسها، مردود بأن للمحكمة العليا هي السلطة النهائية في تفسير أحكام الدستور، ويقتضيهما النهوض بمسئوليتها هذه، ألا تتردد في بيان مضمون قواعده ومقاصدها فيما يجوز

الفصل فيه قضائيا من المعائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، وفق معايير الرقابة على الشرعية الدستورية ومستوياتها^(١).

(١) Powell v. McCormack 395 U.S. 486 (1969).

المبحث السادس عشر

الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٤٧٠- كان قد دفع أمام المحكمة العليا بأن ما تنص عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٣ من عدم جواز سماع أية دعوى يكون الفرض منها الطعن بطريق مباشر أو غير مباشر في أي قرار أو إجراء أو عمل صدر عن السلطة القائمة على تنفيذ أوامر فرض الحراسة، يعتبر من أعمال السيادة باعتبار أن ما توخاه هذا القرار بقانون هو صيانة نظام للدولة وسلامتها وحماية مصالحها العليا.

ولم تقبل المحكمة العليا هذا الدفع على أساس أنه وإن صح القول بأن قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ مما يدخل في نطاق الأعمال السياسية التي تنصر عنها الرقابة القضائية باعتباره من الأعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها، إلا أن ذلك لا يصدق على التدابير التي تتخذها الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص، والتي حصنتها المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ٦٣ ضد الطعن، ذلك أن هذه التدابير لا تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وإنما تندرج في إطار الأعمال العادية للحكومة، ومن ثم تبسط عليها رقابة القضاء.

وتوصلت المحكمة العليا نظرية أعمال السيادة مقررة أنها هي التي تتخذها الدولة في نطاق وظيفتها السياسية بقصد صون أمنها وسلامتها، وأن مرد الأمر فيها هو إلى طبيعتها، ولا اعتداد بالتالي بأوصافها أو كيوفاها التي يخلعها المشرع عليها، متى كانت خصائص هذه الأعمال تتسالي أوصافها وكيوفها هذه، وتهدر لحد الحقوق التي كفلها الدستور.

وتورد المحكمة العليا نظرية الأعمال السياسية إلى مفاهيم أعمال السيادة، وتعتبرها من تطبيقاتها. وهي بذلك تنقل أعمال السيادة التي يتحدد مجالها أصلاً في نطاق أعمال الإدارة، إلى مجال الفصل في دستورية النصوص للقانونية^(١).

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٧٦ - قاعدة رقم ٣٦ - من ٤١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا في الدعوى الدستورية وقرارات التصير.

ولم تكن المحكمة العليا في حاجة إلى إرجاع نظرية الأعمال السياسية إلى نظرية أعمال السيادة التي تتفصل عنها في مجال تطبيقها. وكان حسبها أن ترد نظرية الأعمال السياسية إلى جنورها في القضاء المقارن للشرعية الدستورية، ولكنها لم تحبأ بتقصيه، وأغنتها عنه الحلول الجاهزة لنظرية أعمال السيادة المعمول بها في القضاء الإداري الفرنسي، واعتبرتها نظرية كافية كي تقوم عليها نظرية الأعمال السياسية، كفرع لنظرية أعمال السيادة التي عرفتها القوانين المنظمة للسلطة القضائية في مصر، وكذلك القوانين المنظمة لمجلس الدولة بها.

ولم تكن هذه الحلول الجاهزة كافية أو صالحة لتقيم نظرية الأعمال السياسية على عدها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن المعايير التي اعتمدها القضاء المقارن للشرعية الدستورية في شأن تحديد خصائص الأعمال السياسية، مختلفة في مضامينها وأسمائها، عن العوامل التي تقوم عليها نظرية أعمال السيادة التي لا تتوخى غير إسباغ الحصانة على أعمال تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة حكم، وهو تعبير شديد الغموض، ويتميز بالانحياز إلى التحديد الواضح للخصائص التي يقوم عليها.

٤٧١- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا في السنين الأولى لإنشائها، نظرتها إلى الأعمال السياسية بوصفها فرع لنظرية أعمال السيادة التي ترتد جنورها إلى القضاء الإداري الفرنسي، وإلى أساسها التشريعي في القوانين المنظمة للسلطة القضائية ومحكم مجلس الدولة في مصر. ورددت المحكمة الدستورية العليا بذلك، المفاهيم ذاتها التي اعتنقتها المحكمة العليا من قبل ولم تزد عليها شيئاً^(١) سوى ما قررت في حكمها الصادر في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق "مستورية" من أن المسائل السياسية تحد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة التي تنبثق من مبدأ الشرعية وسيادة القانون كأصل عام يحكم للرقابة على دستورية القوانين^(٢).

غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تثبت أن عادت إلى التقييم الصحيح لنظرية الأعمال السياسية وذلك من خلال فصلها -وبصورة نهائية- بين نظرية أعمال السيادة التي لا تطبق

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٥ من يونيو ١٩٨٣- قاعدة رقم ٢٢ من ١٥٥ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر هذا الحكم بجلستها المحققة في ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣- من ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها

أصلا على الأعمال التشريعية، وبين نظرية الأعمال السياسية التي تعتبر الأعمال التشريعية مجالها الطبيعي والدائرة المنطقية لتطبيقها. وتقيم هذه المحكمة مفهوما لنظرية الأعمال السياسية، على عدد من الدلائل أبرزها^(١).

١. أن الرقابة على الدستورية تجد أساسها -وكامل عام- في مبدأ الشرعية ومبادئ القانون وخضوع الدولة لأحكامه. وأنه استثناء من هذا الأصل جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية نظرياً على أن طبيعة هذه الأعمال تلبي أن تكون محلاً لدعوى قضائية ومن ثم تعتبر الأعمال السياسية كذلك بالنظر إلى طبيعتها، ولا شأن لها بأوصافها التي قد يخلعها المشرع عليها، متى كانت تتلبي خصائص هذه الأعمال ومقوماتها.

٢. أن استبعاد الأعمال السياسية من ولاية المحكمة الدستورية العليا إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي -بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بميلاتها في الدخول أو الخارج- النأي بها عن الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا مما تقتضيه منح الجهة القائمة بهذه الأعمال -سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية- سلطة تقديرية أوسع في مداخلها، وأبعد في نطاقها تحقيقاً لمصالح الوطن وسلامته، فلا تراجعاً فيها جهة قضائية، خاصة وأن تقصيصها يستلزم تولف معلومات وضوابط ومؤثرين تقدير لا تتاح لها، فضلاً عن عدم ملاءمة طرحها عليها بصورة علنية.

٣. أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تحدد ما إذا كانت المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها، تعتبر من المسائل السياسية التي تخرج عن ولايتها، أم أنها لا تعتبر كذلك فتتوسط عليها رقابتها.

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ١ لسنة ١٤ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا.

٤. أن نظرية الأعمال السياسية كتبت على ولاية المحكمة الدستورية العليا، تجدد معظم تطبيقاتها في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية بأكثر مما يقع في الميدان الداخلي، نظرا لارتباط الميدان الأول بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا.

٥. ليس صحيحا على الإطلاق القول بأن كل معاهدة دولية وأيا كان موضوعها -تعتبر من الأعمال السياسية- ذلك أن المعاهدات الدولية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور والتي يتعين عرضها على السلطة التشريعية والحصول على موافقتها عليها، لا تعتبر بناء على مجرد عرضها على السلطة التشريعية، والحصول على موافقتها عليها -على ضوء هذا الاعتبار وحده- من الأعمال السياسية. ومرد ذلك أن استبعاد بعض الأعمال من مجال الرقابة على الدستورية مرجعه إلى طبيعتها، لا إلى إجراءات القبول بها أو التصديق عليها.

٤٧٢- على أن قضاء المحكمة الدستورية العليا المباشر إليه، وإن فصل المسائل السياسية عن نظرية أعمال السيادة -وهو اتجاه محمود - إلا أن الضوابط التي أرسنها هذه المحكمة لتحديد ماهية الأعمال السياسية، تنفرد إلى الفوضوح، وتقلص كذلك اتجاه القضاء المقارن في شأن المعايير التي تتحدد على ضوئها هذه الأعمال، وذلك من الوجهة الآتية:

١. أن مجرد اتصال بعض الأعمال بالمصلحة السياسية العليا، لا يكفي لاعتبارها من المسائل السياسية.

٢. أن للمسائل السياسية لا تعتبر كذلك لاحتوائها على عناصر سياسية، ولا لأن جانباً من ملامحها من طبيعة سياسية. وإنما يتحدد وصفها باعتبارها كذلك، على ضوء عدد من الضوابط التي تتوخى حصر مفهومها في دائرة ضيقة.

٣. أن نظرية الأعمال السياسية لا يجوز خلطها بالأوضاع الاستثنائية التي تواجهاها الدولة، والتي تخولها سلطة اتخاذ تدابير من نوع خاص تنقسم بمرونتها، وبعيوتها، وبضرورتها وبقدرتها على أن ترد عنها -وبقدر كبير من الحسم- مخاطر من طبيعة استثنائية. ومن ثم تحيطها مشروعية استثنائية من جنسها ترتبط بالضرورة التي اقتضتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تدخل السلطة التنفيذية حرية أكبر في مجال تقدير هذه الأوضاع الاستثنائية، وتقدير الحلول التي تأتخذها، ولا كذلك الأعمال السياسية التي لا شأن لها بحرية أكبر يخولها القضاء للسلطة التنفيذية أو التشريعية. وإنما تخرج هذه الأعمال بتمامها عن مجال الرقابة على الدستورية، لا لأن تصرفها بقدر كبير من الحرية يوفر الفرص الأفضل لإجرائها؛ وإنما لأن سلطة اتخاذ القرار النهائي في شأنها تنحل - أحيانا - في نطاق الاختصاص المنفرد للسلطة التنفيذية أو التشريعية، بناء على نص في الدستور. فلا يجوز بالتالي أن تزلحها جهة الرقابة على الدستورية في تقدير ملائمة هذا القرار؛ ولا أن تنقلها في مضمونه. وإنما تستقل هاتان السلطاتان، أو إحداهما به، وبصفة نهائية.

٤. أن المسائل السياسية لا تتحدد بالنظر إلى نوع المصالح التي تصعبها، ولا على ضئو درجة أهميتها، وإنما لاعتبار معين كامن فيها، كلن تكون موازين ومعايير تقييمها ومستوياتها، غير متوافرة لجهة الرقابة على الدستورية.

وهذا المعيار الأخير هو ما قام عليه قضاء المحكمة الدستورية في شأن القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذي توخى تكريم الأشخاص الذين عوهم المشرع من قادة حرب أكتوبر، تقديرا لدورهم في التخطيط للمعالمات الحربية وإدارتها، وتحقق هذا التكريم من خلال المزايا المالية والمعنوية التي كفلها لهم. (إلا أن أحد القادة الذين لم يشملهم التكريم، طعن بعدم دستورية هذا القانون باعتباره أحق من المكرمين بالتقدير، وأن حرمانه من المزايا التي نص عليها ذلك القانون، مؤداة مخالفة أحكامه للصوص المواد ٢ و٩ و١٢ و١٣ و٤٠ من الدستور^(١)).

وكان على المحكمة الدستورية الطيا أن تفصل في دعواه هذه، إما من منطلق أن القادة الذين شملهم القانون المطعون عليه بمزايا، هم هؤلاء الذين رتبهم هذا القانون فيما بينهم على ضوء أتميمتهم الوظيفية - وهو ما لم يقطه المشرح - وعندئذ يكون المدعى أحق منهم في الحصول على هذه المزايا باعتباره أسبقهم في التحيين؛ وإما أن يكون ذلك القانون قد اختص من كرمهم بتلك المزايا على ضوء عناصر موضوعية مردها إلى جهودهم في القتال إعدادا وتقييرا وتنفيذا.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ١٩ لسنة ١٤٤٤ق دستورية - جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ - القضاة رقم ٣٩ - ص ٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وتفترض هذه العناصر الموضوعية، أن يكون المشرع قد حددها سلفاً وأبان عليها تفصيلاً حتى تراقبه المحكمة الدستورية العليا في كنفية تطبيقها.

ولكن المشرع لم يقدم بالقانون المطعون فيه شيئاً من هذه المعايير الموضوعية التي تدور حول عناصر التفوق والتميز في فنون القتل. وهي عناصر يتحذر على المحكمة الدستورية العليا أن تستخلصها بنفسها، أو أن تحدد ضوابطها. ولا تتوالى لديها فضلاً عما تقدم، مقاييس تقدير أعمال القادة جميعهم وتقييمها فيما بينهم، حتى تعيد تصنيفهم، وتقرر أولاهم بالترتيب.

ذلك أن تقييمها لدور كل منهم في العمليات الحربية، يتعلق ابتداء وانتهاء بأسلوب إدارتها وبطرائق تنفيذ خططها، ويقتدر جهد كل من القادة فيها، وهو مالا تختص به المحكمة الدستورية العليا.

وظاهر من الرجوع إلى هذا الحكم، أنه وإن خلا من أية إشارة إلى نظرية الأعمال الميامية سواء في ماهيتها أو لنطاق تطبيقها، إلا أن بديان حكمها قام على أحد معايير هذه الأعمال ممثلاً في انتفاء موارن التقدير الموضوعية في شأن الممثل الدستورية التي أثارها الخصومة الدستورية. ذلك أن موضوعها يتعلق بتقييم الأعمال القتالية على امتداد مراحلها، وتحديد قدر إسهام كل من القادة في عملياتها. وجميعها مسائل لا تقبل الفصل اعتباراً فيها Non-justiciable Questions.

٤٧٣- وفي مصر عملاً بلص المادة ١٥١ من الدستور- تكون لكل معاهدة دولية بعد إقرارها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، قوة القانون.

ويتعين بالتالي إخضاعها للقواعد ذاتها التي تحكم الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن القوانين بمعنى الكلمة التي تقرها السلطة التشريعية، سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في المعاهدة الدولية، خاصة ما ينطبق منها بأوضاع إقرارها والتصديق عليها ونشرها. أم من ناحية تعلق القواعد التي احتوتها المعاهدة في مضمونها مع قواعد الدستور في محتواها.

ولأن المعاهدة التي يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، تعتبر في قوة القانون، فإن اتفاقها مع الدستور مؤداه ضرورة اللزوم على أحكامها، ووجوب تفسيرها في إطار من حسن النية، ووفقاً للمعنى المعتاد لمباراتها، في السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو أغراضها. وذلك عملاً بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصدر طرفاً فيها، والتي تلزمها بأن تنظر أصلاً إلى أحكام المعاهدة في مجموعها باعتبارها كلاً لا ينقسم، ووحدة غير قابلة للتجزئة، أساسها أن التكامل بين نصوصها كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول أطرافها في اعتبارها عند التفاوض عليها والدخول فيها أو التصديق عليها أو الانضمام لها.

فلا يكون الأصل في تطبيق المعاهدة الدولية التي تكون مصدر طرفاً فيها غير النظر إليها بوصفها وحدة عضوية متكاملة أجزاؤها، وتربط أحكامها بما يحول دون فصل بعضها عن بعض.

ويظل هذا الأصل قائماً في المعاهدة الدولية، ما لم يكن موضوعها ينظم مسائل مختلفة لكل منها ذاتيتها، فلا تتنظمها وحدة تجمعها. وإنما يتميز كل جزء من أجزاء المعاهدة بكيانه الخاص، فلا يخلط بغيره، أو يندمج فيه، أو يتصل به، بما يؤكد استقلال كل جزء من أجزاء المعاهدة عن الآخر.

ومن ثم لا ترتبط النصوص التي تنظمه بغيرها، بل يجوز فصلها عن سواها بشرطين:

أولهما: ألا يكون قبول الدول الملزمة بالمعاهدة، لأحكامها في مجموعها، من الشروط الجوهرية التي رخصتها وقت إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا يكون ضمان وحدتها العضوية، إلا شرطاً إرضائها بالمعاهدة.

ثانيهما: ألا يكون المنفي في تنفيذ المعاهدة على ضوء ما بقي من نصوصها بعد فصل بعض أجزائها عنها، مخالفاً للعدالة^(١).

(١) انظر في ذلك المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

فإذا لم يتحقق أحد هذين الشرطين، نعين أن يكون الأصل في المعاهدة الدولية، هو تطبيقها في مجموع أحكامها.

٤٧٤- وهذه القواعد ذاتها، هي التي طبقها المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية. فقد نازع المدعي في هذه الدعوى، في دستورية الاتفاقية التي أبرمتها مصر مع اليونان بقصد تقرير تسوية نهائية لحقوق اليونانيين الناشئة عن تدابير الحراسة وقوانين التأميم، وكذلك قوانين الإصلاح الزراعي الصادرة بالاستيلاء على أراضيهم.

وأمس المدعي دعواه، على أن الأصل في هذه الاتفاقية هو سريلانها على من يقبلون بأحكامها في جملتها. فإذا كان ما ارتضوه مقصودا على بعض أجزائها، فإن ما رفضوه من أحكامها لا يكون ساريا بالنسبة إليهم.

وإذ قبل المدعي التعويض المقرر في هذه الاتفاقية عن قوانين التأميم وقوانين الإصلاح الزراعي، دون التعويض المقرر بها عن تدابير الحراسة التي اتخذتها الدولة في شأن اليونانيين، وما اتصل بها من تبعها لأموالهم؛ وكان تطبيق تلك الاتفاقية في شأنهم من طبيعة اختيارية؛ فقد نعين الرجوع في شأن التعويض عن تدابير الحراسة -لا إلى الاتفاقية المشار إليها- بل إلى القاعدة العامة في التعويض عن هذه التدابير المنصوص عليها في لقلون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

(لا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل بوجهة نظره -لا لأن الاتفاقية المصرية اليونانية تعتبر من المعامل السياسية التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها- وإنما تأسيسا على دعائمين آخرين:

أولاهما: أن هذه الاتفاقية تعتبر في مجموع أحكامها صفة واحدة متكاملة العناصر، متحدة الأجزاء، تتصل حلقاتها ولا تفصل مكوناتها.

ذلك أنها تبلور القواعد التي أوثقتها الحكومتان المصرية واليونانية نطاقا لتسوية نهائية وشاملة لعناصر التعويض التي يستحقها اليونانيون قبل الحكومة المصرية عن القوانين الصادرة في شأنهم، والمؤثرة في مصالحهم، سواء في مجال التأميم أو تدابير الحراسة أو قوانين

الإصلاح الزراعي، ليحدد التعويض المقرر بها نطلق حقوقهم، فلا يكون مقداره إلا منبها لكل نزاع حولها، ومبرنا ذمة الحكومة المصرية في مواجهة الحكومة اليونانية ورعاياها.

ثانيتهما: أن ادعاء رعية يونانية بأن من سلطته أن يختار من الاتفاقية المصرية لليونانية، ما يراه من قواعدا كافلا لمصلحته، إنما ينحل إلى تعديل لها من خلال نقض الأسس التي تقوم عليها، وبما يعطل تنفيذ المعاهدة التي ترتبط فعاليتها، وتحقيقها لأغراضها، بتطبيقها في مجموع أحكامها.

وهو تعديل لا تختص به غير الدولتين المتعاقبتين. ومناط صحته، تراضيهما معا على إجرائه، خاصة وأن من المقرر وفقا لقواعد القانون الدولي العام، أن لكل دولة في علاقاتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها - حين خلال معاهدة تبرمها - في نطق الحقوق المقررة لمواطنيها سواء في إطار حق الملكية، أو في مجال الحقوق للشخصية.

وتعتبر هذه السلطة الكاملة موازية لحقها ولواجبها في أن توفر الحماية لمواطنيها، وإن كان مريان الحقوق التي رتبها المعاهدة للدولية، وكذلك كل التزام نشأ عنها، إنما يقتصر على السكول أطرها في العلاقة فيما بينها. فلا يكون التنظيم الوارد بها بالتالي - ولما كان مضمونه - منصرفا إلى مواطنيها.

وما تقدم مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في دستورية المعاهدة الدولية لتقريرو صحتها أو بطلانها، إلا بالفراض أن أحكامها لا تؤثر بمسائل سياسية بطبيعتها، وإلا كان عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها لاكتنارها في إطار المسائل التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها.

٤٧٥- ونعطينا القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية، مثالا لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن الأعمال السياسية.

وتحصل واقعاتها في أن مصر دخلت مع بعض الدول العربية -وفي نطلق أغراض النفاذ المشترك- في اتفاقية دولية تنظم انتقال جيوشها فيما بينها. وكان مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية قد وافق عليها في ١٩٦٥/٩/١١.

ووفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، لا يخضع رجال القوات الحليفة بالنسبة إلى الجرائم التي يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة؛ لغير الولاية المطلقة لمحاكمهم الوطنية، على أن تختص بالفصل في أية منازعة تنشأ بينهم وبين الغير حول التزاماتهم للقانونية، أو الأضرار التي ألحقوها بالأشخاص أو بالأموال -سويجه عام- هيئة بشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية. وقد أحالت محكمة جنوب القاهرة هذه الاتفاقية إلى المحكمة الدستورية لطياً للفصل في دستورها على ضوء ما ظهر لها بصفة مبدئية، من أن حرمانها المصريين من اللجوء إلى قاضيه الطبيعي في شأن أية منازعة تنشأ بينهم وبين القوات الحليفة، يعتبر مخالفاً لنص المادة ٨٦ من الدستور.

إلا أن المحكمة الدستورية لطياً لم تقبل وجهة النظر هذه، مقررّة أن هذه الاتفاقية قد أبرمتها مصر في إطار الجامعة العربية تنظيماً لأوضاع الدفاع المشترك بين دول هذه الجامعة، وأن ما توخته مصر من الدخول فيها هو الحفاظ على كيانها وتأمين سلامتها وصون أمنها الخارجي.

ومن ثم تعد أحكام هذه الاتفاقية من أعمال السيادة...!! التي تنحصر عنها الرقابة القضائية عن الدستورية بالنظر إلى اتصال موضوعها بعلاقتها الدولية، وتعلقها بمصالحها العليا^(١).

بيد أن ما يلاحظ على هذا الحكم، هو إصراره في تطبيق نظرية الأعمال السيادية وبسوطها على أحكام الاتفاقية المشار إليها جميعها، حتى ما تعلق منها بالحقوق المدنية التي يطلبها المصريون تركيبتها على أضرار ألحقها بهم القوات الحليفة أو أحد رجالها.

ذلك أن معاقبة أفراد القوات الحليفة -وخطاها على تماسكها ودعم قدراتها القتالية- أمام محاكمهم الوطنية عن الجرائم التي يرتكبونها في مصر، وإن جاز أن يرتبط بالأغراض النهائية التي توختها هذه الاتفاقية التي تم إبرامها في إطار تكدير الدفاع المشترك بين دول الجامعة العربية، إلا أن الحقوق المدنية التي يطلبها المصريون منهم، لا يدخلها هذا الاعتبار، إذ هي محض تعريض عن استمرار ألحقها بهم أحد رجالها، وتقع بالتالي في نطاق مسؤوليتهم المدنية لا الجنائية.

(١) القضية رقم ٤٨ لسنة ٤٤ ق دستورية جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣- ص ٢٢ من المجلد الثالث من مجموعة أحكامها.

٤٧٦- وفي الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "مستورية" -التي كان المدعى فيها قد طعن
بحكم دستورية المواد ١٢ و١٣ و١٥ من اتفاقية تأسيس البنك العربي الدولي- (١) تقرر المحكمة
للدستورية العليا أن هذه الاتفاقية لا تعتبر من الأعمال المياسية، وأن الفصل في دستوريتهما
يقتضي ابتداء التحقق من توافر متطلباتها الشكلية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور.

ولا يجوز بالتالي أن يقتصر نطاق الطعن على المواد المشار إليها، وإنما يتعداه إلى الفصل
في دستورية قرار رئيس الجمهورية الصادر بالموافقة على الاتفاقية المشار إليها. هذا من جهة.
ومن ناحية ثانية، فإنه فيما يتعلق بالمطاعن الموضوعية، فإن مصلحة المدعى تنحصر في الطعن
على دستورية المادة ١٥ من هذه الاتفاقية، وذلك فيما تضمنته من عدم سريان قانون العمل على
العاملين في البنك المنشأ وفقا لأحكامها.

وتؤسس المحكمة حكمها في الموضوع، على أن الاتفاقية المشار إليها، ليس فيها ما يفيد
حرمان المدعى من حق التقاضي ولا من ضماناته، ولا من شرط الخصامية القانونية المتكافئة
المنصوص عليهما في المادتين ٦٨ و٤٠ من الدستور، وأن ما تقرر لهذا البنك من المزايا
كالحصانة من الإجراءات القضائية المقررة لموظفيه فيما يقومون به من أعمال بصفتهم الرسمية،
وكإعفاء غير المواطنين العاملين بالبنك من قيود الهجرة، ومن شرط تسجيلهم ومن تحويل حقوقهم
إلى موطنهم الأصلي، كل ذلك لا يفيد أن الاتفاقية المشار إليها تعتبر من الأعمال المياسية، وإن
جاز القول بأنها تخول البنك المذكور مركزا قانونيا مختلفا عن غيره من البنوك العاملة في
للقطاعين العام والخاص (٢).

(١) القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "مستورية" جلسة ١٩ يولية ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٣١- ص ٣٧٦ وما بعدها من
المصدر الثاني من الجزء الخامس. هذا وكان المدعى قد طلب في دعواه الموضوعية إلغاء أقرار نقله إلى
القاهرة، وترقيته إلى الشريحة السابعة بالبنك وتعيينه صا أصله من ضرر من جراء الفصل.

(٢) قضت المحكمة بانتفاء مصلحة المدعى في الطعن على المواد ١٢ و١٣ و١٥ من اتفاقية تأسيس البنك التي
تقضي: أولاً؛ بعدم جواز تليسه أو مصادرة أمواله أو فرض الحراسة عليها أو على المبالغ المودعة به.

وثانياً؛ بعدم خضوع هذا البنك لقوانين وقواعد الرقابة والتفتيش القضائي أو الإداري أو المحاسبي.

وثالثهما؛ بضمان سرية حسابات المودعين، وعدم جواز اتخاذ إجراءات حجز قضائي وإداري عليها.
ولا كذلك المادة ١٥ من هذه الاتفاقية التي تقضي بعدم سريان قوانين العمل القروي والقواعد المنظمة للسفر
والأجور في الحكومة أو القطاع الخاص على العاملين بالبنك، إذ اعتبرتها المحكمة متصلة بطلباته الموضوعية،
ولذلك فيما تضمنته من عدم سريان القوانين المنظمة لحق العمل القروي عليه.

٤٧٧- وما تقدم موداد:

أولاً: أن نظرية الأعمال السليمة في قضاء المحكمة الدستورية العليا شالها خلط كبير بينها وبين نظرية أعمال السيادة إلى حد المزج بين هاتين النظريتين واعتبار تكتيتهما أساساً لأولاهما.

ثانياً: أن هاتين النظريتين كلتاهما تخرجان المسائل السياسية وأعمال السيادة، من الولاية القضائية. ذلك أن المسائل التي تندرج تحتها لا يجوز الفصل قضائياً فيها.

ثالثاً: أن هاتين النظريتين لا يطوران انحرافاً في استعمال السلطة، ولا مجاوزة للحدود التي فرضها الدستور تفهماً لمباشرتها.

ولكلهما يقعن في إطار المشروعية القانونية والدستورية، وإن تعين دوماً ضبطهما في حدود ضيقة حصراً لادارة تطبيقهما في نطاق مفهوم ومبرر.

رابعاً: أن المسائل السياسية تغلر في جنورها وضوابطها وتطبيقاتها، أعمال السيادة. ويتعين بالتالي فصلها كلية عنها.

الفصل الخامس والعشرون

الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون

المبحث الأول

اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي

٤٧٨- تنولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها -وعسلاً ينص المادة ١٧٥ من الدستور- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وتباشر كذلك مطلقة تفسير النصوص القانونية. وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ومن ثم تتفرد بولايتها في مجال الفصل لسي دستورية النصوص القانونية، فلا يزاحمها أحد فيها، وإنما تستقل بها وتنهض وحدها بمسئوليتها.

ولا كذلك تفسيرها للنصوص القانونية تفسيراً تشريعياً. ذلك أن الأصل في هذا التفسير، هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها، إذ هو اختصاصها الأصل. فلا تعهد به إلى جهة غيرها إلا بصفة استثنائية، ووفق الأوضاع والشروط التي تحددها.

ومن ثم لا تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها بتفسير القانون تفسيراً تشريعياً، إلا في حدود التفويض الصادر لها بذلك من السلطة التشريعية.

٤٧٩- ويتكرر عن ذلك أمران:

أولهما: أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي، لا يحول دون إقرار السلطة التشريعية لقوانين تحدد بها مقاصدها من النصوص القانونية التي تفسرها، وذلك إذا لم تكن المحكمة الدستورية العليا قد أسرتها قبل تفسير السلطة التشريعية لها. ذلك أن صدور قرار بالتفسير عن المحكمة الدستورية العليا في شأن نصوص قانونية بذواتها، مؤداه أن هذا القرار حدد بصورة نهائية مقاصد المشرع من هذه النصوص. فلا يكون تطبيقها لإرادة المشرع التي صاغ تلك النصوص على ضوءها، غير تحديد لمضمون هذه الإرادة دون تحويل لها.

وإذا كان من غير المتصور أن يكون للسلطة التشريعية أكثر من إرادة في شأن النصوص القانونية عينها، فقد صار لازماً أن تكون الإرادة الموجهة لهذه النصوص، والتي أهمتها مضمونها، هي ذاتها في كل أحوالها وتطبيقاتها. وكما كان إعلان المحكمة الدستورية العليا عن

هذه الإرادة، سابقا على قانون أفصح عنها؛ لأن قرار المحكمة يقيد السلطة التشريعية، ويحول دون استئنافها لهذه الإرادة من جديد.

إذا عبر عن مقاصد المشرع، قانون نقض نصرا تشريعا صدر عن تلك المحكمة، تعيين لطراح هذا القانون. ولا كذلك أن نقض السلطة التشريعية عن حقيقة مقاصدها من قانون معين، قبل أن تنص المحكمة الدستورية العليا نصرا تشريعا. ذلك أن النصير الصادر عن السلطة التشريعية، يعتبر قاطعا حقيقة إرادتها التي ألهمتها تشكيل نصوص هذا القانون. فلا يجوز أن تنحرفها المحكمة الدستورية العليا من جديد. بما موداه أن النصوص القانونية لا توجهها إلا إرادة واحدة لا تتعدد أو تقسم^(١).

ثانيهما: أن النصير التشريعي -وأيا كانت الجهة التي تتولاه- ليس بتفسير قضائي. ذلك أن التفسير القضائي، لا يزيد عن أن يكون اجتهادا قضائيا يدور حول مضمون نص قانوني في نزاع مطروح على المحكمة ولا يتعلق بالتالي بغير الخصومة التي صدر فيها؛ ولا يقيد غير أطرافها؛ ولا يجوز أن يفرض في خصومة غيرها، ولو كان التماثل بين الخصومتين كاملا.

كذلك لا يحسم التفسير القضائي الجدل حول حقيقة مقاصد المشرع من النصوص المفسرة، ولا ينهي بصفة باترة، ولو تواتر القضاء على اعتناق هذا التفسير، واعتقد إجماعهم على صحته. إذ يظل للسلطة التشريعية أن تصدر قانونا تفسيريا، تنقض به هذا القضاء المتواتر. ويكتفي في ذلك أن تقرر أن المحاكم لم تشكك قصدا من التشريع المفسر.

وعلى أية حال يحسم التفسير التشريعي بصفة نهائية كل جدل حول حقيقة إرادة المشرع التي أقام على ضوئها بيان النصوص محل التفسير. فلا يكون الخوض فيها من جديد، إلا انتحالا

(١) ومن ثم يكون خطأ ما قرره المحكمة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا من أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية لحقها في إصدار تشريعات تفسيرية بداهة أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من التفسير. ووجه الخطأ أنه وإن جاز القول بأن للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعا تنص به بعض النصوص القانونية التي لم يصدر بتفسيرها قرار من المحكمة الدستورية العليا، إلا أن صدور هذا القرار عنها يحجب السلطة التشريعية عن أن تصدر تشريعا تفسيريا ينقض القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا، وبأنه بتفسير جديد، إذ ينطلق الطريق أمامها بعد صدور القرار التفسيري عن المحكمة.

لإرادة غير التي حدثت مضامين هذه النصوص. يؤيد ذلك، أن القرار المفسر للنصوص القانونية تفسيرا تشريحا، لا ينفصل عن هذه النصوص، وإنما يندمج فيها ويصير جزءا لا يتجزأ منها. وكان النص المفسر قد صدر منذ مولده في الصورة التي آل إليها بعد التفسير. وما ذلك إلا لأن قرار التفسير يتعلق بمقاصد المشرع من النص المفسر. ولا يتصور أن تكتفل هذه المقاصد عن اللحظة الزمنية التي ولد النص فيها.

المبحث الثاني

الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي وفق قانون المحكمة الدستورية العليا^(١)

٤٨٠- وملطة التفسير التشريعي التي خولتها المادة ١٧٥ من الدستور للمحكمة الدستورية العليا، هي التي حددتها المادتان ٢٦ و ٣٢ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ذلك أن أولى هاتين المادتين تتعلق بالشروط الموضوعية لهذا التفسير. أما ثانيتهما: فقد بين بها هذا القانون شروطه الإجرائية. ولما كان أمر هذه الشروط بوجهيها، فإن طلب التفسير لا يحل إلى خصومة قضائية تتكاثر بشأنها مصالح أطرافها من جهة تتازعهم الحقوق التي يدعونها فيها ويطلبونها لأنفسهم؛ ونضالهم لتقرير هذه الحقوق أو نفيها، بما يجعلهم غراماء لكل منهم وجهة هو مولبها، وقرقاء تتصادم مواقفهم ومصالحهم تعبيرا عن حدة النزاع القائم بينهم. ذلك أن هذا الطلب يدور ابتداء وانتهاء حول استكناه الإرادة التي أضمهرها المشرع، وصاغ على ضوئها للنصوص القانونية المطلوب تفسيرها.

فلا يكون عمل المحكمة الدستورية العليا غير تحديد لماهيتها من خلال الاعتماد على كل العوامل التي تعينها على التوصل إلى حقيقتها؛ كالأعمال التحضيرية التي تتصل بالنصوص القانونية محل التفسير؛ والوثائق التاريخية التي عاصرتها أو تقدمتها، وكان لها شأن في بلورة هذه النصوص، أو التمهيد لها، أو الإحياء بها؛ وبمراعاة أن تفسير النصوص القانونية تفسيرا تشريعا، لا يجوز تعديل مقاصدها؛ أو تقويض بليانها؛ أو تحريفها. وإنما تحمل النصوص القانونية التي تفسرها المحكمة الدستورية العليا تفسيرا تشريعا، على حقيقة ما أراده المشرع منها وتوخاه بها. ذلك أن المشرع لم يصبها في فراغ، ولم يلهمها وجودا تصوريا، أو يتخذها هزوا. وإنما أراد بها أن يخبر واقعا قائما، فلا يكون ما قصده المشرع منها إلا عين الموضوع محل التفسير.

والمحكمة الدستورية العليا بذلك لا يعينها أن يكون المشرع قد نقض أو تنقيد بالدستور فسي بالنصوص القانونية التي تفسرها. وإنما حسبها أن تباشر ولايتها في مجال هذا التفسير بأن

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٦ في تفسير - جلسة ١٩٩٥/٤/١٥ - قاعدة رقم ١ - ص ٦٧٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

تستظهر الإرادة التي انطلق منها النص للقانوني محل التفسير، وأن تستخلصها في حقيقة محضها، في اللحظة الزمنية التي أنشأها المشرع فيها، وهي لحظة تلبس تكوينها، ولو كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ما توخاه المشرع من وراء صياغتها.

ومن ثم يكون طلب التفسير التشريعي المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادتين ٢٦ و ٣٣ من قانونها، طلبا في غير خصوصية قضائية، مقيدا بالشروط الإجرائية والموضوعية التي فرضها قانون المحكمة الدستورية العليا في شأنه، ومقتضورا على الخوض في مقاصد المشرع من النصوص القانونية التي يتعلق التفسير بها، ونائيا عن الفصل في اتقانها أو لخلها مع الدستور.

المطلب الأول

الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي

٤٨١- وتختصر الشروط الشكلية أو الإجرائية لطلب التفسير فيما نص عليه المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا من تقديم هذا الطلب من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس السلطة التشريعية، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية؛ على أن يبين في طلب التفسير، النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه.

وهذه الشروط الإجرائية لازمة أن كل طلب بالتفسير يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا عن غير طريق الجهات التي حددتها الفقرة الأولى من المادة ٣٣ من قانونها، يكون غير مقبول، وكو توافرت في هذا الطلب شروطه الموضوعية. ذلك أن الشكل والإجراء، مقدم دائما على الموضوع.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي

٤٨٢- وإلى جوار الشروط الشكلية التي يجب أن يلتزمها طلب التفسير، فسيان شروطه الموضوعية تدور حول أمور ثلاثة لا بد من اجتماعها، وإلا صار طلب التفسير غير مقبول.

أولها: أن يكون للنصوص القانونية المراد تفسيرها أهمية جوهرية -لا ثانوية أو عرضية- تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تتناولها، ووزن المصالح المرتبطة بها. فلا يكون نطاق تطبيقها منحصراً في دائرة ضيقة؛ ولا آثارها متناهية في ضآلتها؛ بل يتعين أن يكون دورها في تشكيل الملتقى الاجتماعي موضوعها، عريضاً من جهة المصالح التي يمسها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تنحصر أفعالها، ولا تضيق دائرة تطبيقها، هي وجدها التي يجوز تفسيرها، وذلك إذا صدر بها قانون أو قرار بقانون، ليحصر اختصاص التفسير عما دولها شكلاً وموضوعاً.

ثانيها: أن يكون للقائمون على تطبيق النصوص القانونية المطلوب تفسيرها، قد اختلفوا فيما بينهم اختلافاً بيناً في شأن حقيقة محتواها، أو نطاق الآثار التي ترتبها. بما لا يوجد طرائق إعمال هذه النصوص، ولا يكفل معايير واضحة لضمان تطبيقها على المخاطبين بها دون تمييز. وإنما يكون اضطرابهم في فهمها، ونزاعهم حول دلالتها، منتهياً إلى تعدد تأويلاتها، وتعدد التوافق بين معانيها المتعارضة. فلا تستقيم صورتها على حال واحدة، بما يجعل تطبيقها متفاوتاً فيما بين المخاطبين بها، ويخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة لحقوق المواطنين وحرياتهم، سواء أسي ذلك تلك التي يكون الدستور مصدراً لها، أو التي يكون المشرع قد كفلها.

ثالثها: ألا يتطرق طلب التفسير بنصوص قانونية ظل تطبيقها متراجحاً حتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا، ولو كان المواطنون في مجموعهم قد اختلفوا حول معناها، أو كان جدلهم في شأنهم صاحباً عريضاً، أو قائماً حول التفسير والتأويل، أو دائراً حول الأبعاد المحتملة لتطبيقها، أو محلاً لجوانبها السلبية، أو كاشفاً عن عميق غضبهم عليها. إذ لا يتصل ذلك كله بدخول تلك النصوص في حيز التنفيذ، ولا باختيارها من خلال تطبيق يظهر التنازع حول دلالتها.

يؤيد ذلك أن ما نص عليه المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن للنصوص القانونية التي يجوز عرضها عليها طلباً لتفسيرها، هي تلك التي تتباين تأويلاتها بصورة عميقة، يفترض ألا تكون هذه النصوص قد أصابها التباس من خلال التراخي في تطبيقها زمناً طويلاً بما يعطل سريانها عملاً. إذ تعتبر هذه النصوص قائمة راقدة Dormant provisions ولا يتصور بعد مودها، أن تتوالى لها الأهمية التي تقتضي تحديد معناها، ولا أن يكون المخاطبون بها قد أصابهم

ضرر من جراء سريلانها في شأنهم^(١) ذلك أن الصل بها، لا يكون إلا بنشرها في الجريدة الرسمية، وطول الميعاد المحدد لسريتها. وإن كان سريلانها قانوناً، لا يعطى بالضرورة تطبيقها عملاً.

وإذا كان قانون المحكمة الدستورية العليا لا يترخى غير ضمان توحيد تفسير النصوص القانونية المتنازع على دلالتها بعد تطبيقها، فإنه كلما ظل هذا التطبيق مهملًا، فإن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، يكون غير مقبول. ذلك أن تطبيق النصوص القانونية عملاً، هو وحده الذي يستنهض الجدل حول حقيقة معانيها وما قصده المشرع بها.

ولا يجوز بالتالي أن يرتبط التفسير التشريعي للنصوص القانونية، بأغراض علمية تتصل بتأصيل هذه النصوص أو التخرج عليها. ذلك أن التفسير التشريعي، لا يتعلق بتفسير النصوص القانونية التي دل تطبيقها على غموض معانيها وتحدد تأويلاتها، فلا تكون الإجابة عما قصده المشرع منها، غير ضمان لوحة تطبيقها وفق ضوابط موحدة يتكافأ المواطنون في مجال الخضوع لها.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية "تفسير" - جلسة ١٠/٧١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢١ جزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الثالث

لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية

من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً

٤٨٣- يستفاد للشروط الإجرائية والموضوعية لطلب التفسير، مباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها في شأن النصوص القانونية المطلوب تفسيرها بقصد توحيد مفاهيمها. وهي توحيدها من خلال تفسيرها مقاصد المشرع منها.

ولأن إرادة المشرع هي التي تبلور النصوص القانونية محل التفسير، وتشكلها؛ فإن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التفسير التشريعي، تنحصر في استظهار هذه الإرادة حتى تحدد للنصوص القانونية المطلوب تفسيرها، دلالتها.

وبالنتهاء مهمتها هذه، يخرج طلب التفسير من بداهة، فلا تنتظر فيما إذا كان النص القانوني المفسر بذاته أو يوافق الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية يتوخى بها المدعى إبطال نص قانوني يراه مخالفاً للدستور.

ثانيهما: أن موضوع طلب التفسير ينحصر في مجرد الكشف عن إرادة المشرع في شأن النصوص القانونية التي تناولها التفسير، ووفقاً على ماهيتها ليتم تطبيقها على ضوء حقيقة معانيها. شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو، شأن القوانين التفسيرية التي تقرها السلطة التشريعية ذاتها، إذا استبان لها خفاء مقاصدها من النصوص التي تفسرها، على القائمين بتطبيقها، وأنهم ينحلون لها بالتالي غير المعاني المقصود منها. ومن ثم كان مفهوماً ما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية، لا يجوز أن يتخذ موطناً للفصل في دستورتها، تمهيداً لتقرير صحتها أو بطلانها^(١).

(١) القضية رقم (١) لسنة ١٧ قضائية "تفسير" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٦ - ص ٨٠٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن المادة ٢٦ من قانونها لا تقولها غير استصفاء إرادة المشرع واستخلاصها كون
تقديم خروجها على الدستور أو اتفاقها مع أحكامه على تقدير أن النصوص القانونية المطلوب
تفسيرها، إنما ترد إلى إرادة المشرع وتصل عليها صلا، سواء التزم مضمونها مع أحكام الدستور،
لم خالفها^(١).

(١) للجمعية رقم ٤٧ لسنة ١٨ لجمعية استورية - جلسة ١٧/٤/١٩٩٧ - المادة رقم ٤٢ من ٦٤٧ - ٦٤٨ من
الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابع

طلب التفسير التشريعي ليس بخصوصية قضائية^(١)

٤٨٤- ينحصر الفرض من طلب التفسير المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا في استكناه إرادة المشرع حتى يحمل النص القانوني المطلوب تفسيره على تلك الإرادة، فلا يذاقضها. شأن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما تراه مبهما من النصوص القانونية المعمول بها، التي لم يستثن القائمين على تطبيقها، حقوقية مقاصد المشرع منها.

ومواء صدر هذا التفسير عن المحكمة الدستورية العليا أو عن السلطة التشريعية، فإنه في الحالتين، لا يعتبر قرأراً صادراً في خصوصية قضائية. وإنما يستقل عنها. ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حد التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضمانات التقاضي، وبوصفها -في صورتها الأعم- أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الضميمة القضائية من خلال الأعمال التي تكونها. كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتناء المنفعة التي يقرها القانون، والتي تعكسها الترضية القضائية التي يطلبها المدعى أو يتوقعها.

والأمر على نقيض ذلك في التفسير التشريعي. ذلك أن الأصل فيه هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها إذا استبان لها أن من يقومون بتطبيق النصوص القانونية، ينحطون لها غير المعاني التي قصدها. وإذا تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في ذلك، فلاها تفودها بالشروط التي تفرضها لإجرائه. وليس بشرط أن تكون هذه الجهة، قضائية في تكوينها وضمائنها، وإن تعين دوماً أن تتعلق ولايتها بإرادة المشرع التي شكل على ضوءها النصوص القانونية محل التفسير، وأن ينحصر واجبها في استكناه هذه الإرادة وفق ضوابط موضوعية مردها إلى عبارة النص في سياقها، وعلى ضوء الأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا يمتنع.

(١) قضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير -جلمة ١٠/١٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ٢- ص ٨٩٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وما تقدم موداه، أنه فيما خلا الشروط التي قيد بها إصدار المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي - كذلك التي تعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضى تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمداولها- فإن المحكمة الدستورية العليا تظل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها به تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق المدعى بها أو نفيها. بل يستل تماماً عنها. ذلك أن مرماه صون النصوص القانونية مما يلبس معانيها بغيرها، لضمان أن يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها من خلال فهمها بصورة موحدة.

المبحث الخامس طبيعة التفسير التشريعي وأثره

٤٨٥- وإذ تفسر المحكمة الدستورية العليا النص القانوني المطلوب تفسيره، فإن قرارها في ذلك يقيد السلطات كلها والناس جميعهم، بما يلزمهم بتطبيق القاعدة القانونية على النحو الذي فسرتها به المحكمة الدستورية العليا. فلا يدخل أحد عليها "عناصر جديدة" تغير من مضمونها، أو ترددها إلى غير الدائرة التي تعمل في نطاقها. ذلك أن قرار المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص التي فسرتها، يحدد دلالاتها تحديداً جازماً لا رجوع فيه، ليندمج هذا القرار في تلك النصوص باعتباره جزءاً منها لا يتجزأ، ولجبا تطبيقه منذ نفاذه. ومن ثم يعتبر النص المفسر وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذي حدده قرار التفسير. وليس ذلك تطبيقاً لقرار التفسير بأثر رجعي، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المحكمة الدستورية العليا، لا تفعل شيئاً أكثر من تحديد مضمون نص ثار الجدل عميقاً من حوله، سواء كان هذا النص غامضاً خافياً معناه، أو كان معناه الظاهر مناقياً ما قصده المشرع منه. وهي في كلتا الحالتين، تعيد لهذا النص صورته الحقيقية التي لم يفتن لها القائمون على تطبيقه.

وثانيهما: أن قرار التفسير يرتد إلى النص المفسر منذ ميلاده -لا لإجراء تعديل فيه بسلطات رجعي- وإنما بافتراض صدور هذا القرار مستصحباً الحالة التي كان عليها النص المفسر حين ظهر قانوناً إلى الوجود^(١).

(١) محكمة عليا -الدعوى رقم ٨ لسنة ١ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٦ مايو ١٩٧٧ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٩٣ من الجزء الأول من القسم الأول من مجموعة أحكامها الصادرة في الدعوى الدستورية منذ ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦ حيث تقول المحكمة أن القرار المفسر الصادر من سلطة مختصة بإصداره، لا ينشئ حكماً جديداً، بل يعتبر جزءاً من التشريع الأصلي الذي فسره، فيسرى من وقت نفاذ هذا التشريع. وإذا كان التشريع الأصلي -بالمعنى الذي تضمنه قرار التفسير التشريعي- هو الواجب التطبيق من وقت نفاذه فحين هذا لا يطوى على إجراء أثر رجعي لهذا القرار. ولا يتمتع سريان قرار التفسير على الواقع التي تحدث في الفترة من صدور التشريع الأصلي والتشريع المفسر له، إلا حيث تكون قد صدرت بشأنها أحكام قضائية نهائية احتراماً لمبدأ حجيةها.

ونظر كذلك طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥١ قضائية تفسير -جلسة ٣٠ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١ - ص ٤٧٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام للمحكمة الدستورية العليا.

الفصل السادس والعشرون

الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشئونها الخارجية

المبحث الأول

التدخل بين السلطين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق

٤٨٦- تثير إدارة الدولة لشئونها الخارجية محاذير كثيرة منها ما إذا كان التدخل في هذه الشئون يعتبر حقاً مقصوراً على رئيس الجمهورية، أم أن للسلطة التشريعية دوراً في تنظيمها، فلا ينفرد بها رئيس الجمهورية.

ويزيد من صعوبة الأمر أن الشئون الخارجية تتحدد ملامحها وصور التدخل فيها.

فلسطة التشريعية -دون ما تميز بين غير المواطنين بالنظر إلى أعرافهم أو أولادهم أو لهجاتهم- أن تحدد شروط دخولهم إلى إقليم الدولة، وأحوال طردهم من هذا الإقليم، والقوانين التي يخضعون لها عند وجودهم فيه. واختصاصها في ذلك فرع من السيادة الوطنية، ونتيجة مترتبة على مسئوليتها في مجال صون الأمن العام، وبمراعاة أن طرد غير المواطنين لا يعتبر عقوبة جزائية لا يجوز تطبيقها بأثر رجعي؛ وإن تعقد بشرط الوسائل القانونية السليمة^(١).

ولها كذلك أن تعمل على ضمان إبقاء الدولة لالتزاماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم. ولها في هذا المقام أن تقر القوانين التي يقتضيها تنفيذ معاهداتها مع الدول الأجنبية ولها أن تكون معاهداتها هذه صحيحة في ذاتها وفقاً للدستور؛ وبمراعاة أن المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قد تغاير في طبيعتها واتساعها تلك التي تنظمها السلطة التشريعية في مجال تصرفها للشئون الداخلية في بلدنا. وبطل تدخل السلطة التشريعية مطلوباً لتنفيذ معاهدة دولية قائمة كلما كان هذا التدخل كلفاً مصلح قومياً ملحة^(٢).

والسلطة التشريعية فضلاً عما تقدم، أن تعدل أحكام معاهدة دولية نافذة على ضوء تغيير هام غير متوقع طرأ على السياسة القومية في المسائل التي تناولتها. ولها كذلك أن تحصل من

(١) United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950); Neely v. Henkel, 180 U.S. 109 (1901); Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

(٢) United States v. Arjona, 120 U.S. 479 (1887).

للمعاهدة إذا أخلت دولة متعاقدة بالتزاماتها المقررة بها. ويظل الأصل هو أن تعمل السلطة التشريعية على ضمان تنفيذ كل تعهد دولي تكون بلدًا طرفًا فيه. ذلك أن قانون الأمم يلزمها بأن تتخذ كل التدابير التي يقتضيها صون هذا للتعهد ضمانًا لتواصل الأمم فيما بينها وتؤكدًا لتداخل مصالحها.

والسلطة التشريعية دائمًا أن تردع مواطنيها عن جرائمهم التي يرتكبونها في أعالي البحار، وأن تأمر بمودتهم إلى بلدهم عند الضرورة، وأن تعاقبهم على امتناعهم عن العودة إليها، وأن تمنعهم من الاتجار في الأسلحة في مناطق لقتال الأجنبية.

ولها كذلك أن ترفض رقيبها على مظهرها التجارية الموجودة في أعالي البحار، وأن تنظم سلوكها حتى أثناء وجودها في البحر الإقليمية والمياه الداخلية الأجنبية في الحدود التي تتسامح فيها الدول التي توجد هذه السفن في مياهها أو بحارها^(١).

وإذا تباشر السلطة التشريعية لفصلها في مجال للشئون والعلاقات الخارجية الدولية، فإن عليها أن تتقيد في ذلك بقواعد الدستور، وعلى الأخص ما اتصل منها بحقوق المواطنين وحرياتهم. ذلك أن الولاية التي تباشرها في هذا النطاق -وهي عريضة في اتساعها- يتعين إخضاعها للقيود التي يحيطها الدستور بها، شأنها في ذلك شأن كل ولاية تلتقيها السلطة التشريعية عن الدستور، وفرضها في مباشرتها.

ويتعين بالتالي أن يحيط شرط الوسائل القانونية الملزمة بكل تنظيم يصدر عن السلطة التشريعية في نطاق الشئون الخارجية، وأن تتوفر علاقة منطقية بين مضمون الاختصاص المفوض دستوريًا للسلطة التشريعية، والتدابير التي اتخذتها لتنفيذ^(٢).

(١) Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932); United States v. Bowman 260 U.S. 94 (1922).

(٢) Perez v. Brownell 356 U.S. 44 (1958).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية:

Since congress may not act arbitrarily, a rational nexus must exist between the content of a specific power in Congress and the action of Congress in carrying that power into execution

وفي النظم الفيدرالية، تنثير إدارة الشؤون الخارجية موضوع العلاقة بين السلطة الاتحادية من جهة؛ وولاياتها من جهة أخرى. ذلك أن السلطة الاتحادية المركزية، وإن كانت لا تملك في نطاق الشؤون الداخلية غير صور الاختصاص التي تقتطعها دستور الاتحاد من الولايات الأعضاء فيه، إلا أن مظاهر السيادة الخارجية لا تملكها غير السلطة الفيدرالية - لا لأن الدستور خولها هذه السيادة وأصرها عليها - وإنما لأن مباشرة هذه السيادة نتيجة مترتبة بالضرورة على انضمام ولاياتها إلى الاتحاد، وانصهارها في بوتقة واحدة، تمثلها الوحدة الوطنية التي تجمعها.

وهي وحدة مؤداها أن تكون بيد الحكومة المركزية وحدها سلطة إعلان الحرب، والتعاهد على السلم، وإبرام المعاهدات الدولية، والدخول في روابط دبلوماسية مع الدول الأجنبية إلى غير ذلك من أشكال السيادة الخارجية التي وإن جاز القول بأن للسلطة التشريعية دور في مجال تحديد بعض ملامحها، إلا أن اليد الطولي فيها هي لرئيس الجمهورية يصرفها وفق تقديره، وفي حدود الدستور، ويغير لإخلال بالتوازن المعمول بها^(١).

٤٨٧- ولا يجوز بالتالي لأية ولاية في تنظيم فيدرالي أن تصدر تشريعا في أمر يتعلق بالشؤون الخارجية التي تستل بها الحكومة المركزية وفقا للدستور، والتي ترتبط بأهميتها بتكافؤ الدول في سيادتها، وحساسيتها فيما يتعلق بمصالحها القومية. مثل الشؤون الخارجية في ذلك، مثل السلطة التي تملكها الدولة بالنسبة إلى الأعمال العدائية الموجهة ضدها. ذلك أن اختصاصها بهرد هذه الأعمال على إيقاعها، يفيد ضمنا لاختصاصها بتسوية الأضرار الناجمة عن تلك الأعمال منذ بدئها، وعلى امتداد مراحل تطورها، وحتى بعد توقفها أو انتهائها، كلما كان للتدخل بسلطتها هذه لازما لمواجهة مضار الحققتها تلك الأعمال بالأوضاع القائمة في إقليمها؛ وبشرط ألا تتحول هذه الرخصة الاستثنائية إلى سلطة دائمة أو مطلقة، غايتها إرضاء مشاعر قومية ملتية^(٢).

(١) Kennedy v. Mendoza - Martinez , 372 U.S. 144 (1963).

وينص الدستور الأمريكي على أن لرئيس الجمهورية السلطة التي يرم بها المعاهدات الدولية بموافقة ونصيحة مجلس الشيوخ ويشترط موافقة ثلثي أعضائه الحاضرين.

(٢) ولا يجوز لولاية بالتالي أن تنظم حق الأجانب في الميراث باعتباره متصلا بالشؤون الخارجية التي يستل بها رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية وفقا للدستور.

Zschemig v. Miller , 389 U.S. 429 (1968)

ذلك أن مواجهة الأعمال العدوانية بالتدابير الملائمة، سلطة خطيرة في اتساعها، وفي قدر
 مساسها بحقوق المواطنين وحررياتهم. ويتعين بالتالي ضبطها في حدود منطقية ترزنها بقدر
 الضرورة التي فرضتها، فلا تتخذ مبررا لإضفاء الشرعية الدستورية على كل قانون أو إجراء
 ولو كان منافيا لطبيعتها^(١).

^(١) See Concurring Opinion of justice Jakson in Woods v. Miller Co. 333 U.S. 138 (1948).

المبحث الثانيبعض أحكام المعاهدات الدوليةالمطلب الأوللصتورية المعاهدة الدولية

٤٨٨- لرئيس الجمهورية أن يدير السياسة الخارجية لبلده، ولو لم يكن هو الذي حدد ملامحها. وهو مسئول عن التفاوض على معاهداتها الدولية وإبرامها وإلزامها، وفي أن يقيم علاقات مع الدولة الأجنبية أو يهيئها^(١).

وكل سلطة لا يتقاهها رئيس الجمهورية من الدستور، ولا بتفويض من المشرع، لا يجوز أن يبشرها، أي كان قدر الحاجة إليها أو الأوضاع الطارئة التي تتطلبها. وإذا كان الدستور في بعض الدول لا يفرد رئيس الجمهورية باختصاص الدخول في معاهدة دولية، وعلى الأخص ما يكون منها ذو أهمية بالغة، إلا أن تقييد سلطة رئيس الجمهورية على هذا النحو، مرده إلى نص في الدستور. والأصل في المعاهدة الدولية، أنها تعاهد بين دولتين أو أكثر لا يفرغ في شكل معين. وهي تعتبر من أكثر أشكال التدخل تأثيراً في الشؤون الخارجية، وعلى الأخص من جهة مضمونها، ونطاق المسائل التي تنظمها، وضرورة التقيد بأحكامها. ومن ثم تظهر المعاهدة الدولية كاتفاق خطير في آثاره من ناحيتين بوجه خاص:

أولاهما: أنها تتناول كل المسائل التي يجوز التفاوض عليها بين الدول أطرافها.

ثانيتهما: أنها تكفل الوفاء بمصالح قومية عليا قلما تتناولها السلطة التشريعية بوسائلها، أو تعجز عن مواجهتها لاتصالها بشئون زمامها أصلاً بيد السلطة التنفيذية تنظمها من خلال معاهدة دولية تكون الطريق الوحيد للتدخل في علاقات من طبيعة دولية.

ومن ثم كان الأصل أن يندرج موضوع المعاهدة الدولية في إطار المسائل التي يجوز ضبطها من خلال تنظيم دولي. وهي مسائل لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقرر ملامحة التفاوض عليها، ولا أن تفصل في حسن أو سوء نية السلطة التنفيذية في مجال تنظيمها

(١) See, J.Berger, "The Presidential Monopoly of foreign Relations". 71 Mich., L.Review. 1 (1972).

لها من خلال المعاهدة الدولية؛ وإن تعين عليها دوماً أن تعرض رقابتها على المعاهدة في أوضاعها الشكلية التي يتطلبها الدستور، وأن تحيط كذلك بمضمون أحكامها للتحقق من تطابقها مع أحكامه، وعلى الأخص ما يتعلق منها بحقوق المواطنين وحرياتهم التي كلها^(١). ذلك أن كل معاهدة دولية - وهي لا تعتبر كذلك إلا إذا تم التفاوض بين الدول أطرافها على كافة المسائل التي تناولتها^(٢) - دون الدستور في منظومة تدرج القواعد القانونية، سواء كان للمعاهدة قوة القانون ليحلها قانون لاحق عليها^(٣)؛ أم كان لها قوة تطو قوة القانون، فلا يحلها قانون ذال للعمل بها.

وليس للمعاهدة أن تحل الدستور. ذلك أن شرط صحتها هو ألا تتناقض أحكامه التي لا شأن لها بما إذا كان الدخول في المعاهدة في الدول الفيدرالية قد جاوز الاختصاص المقرر دستوريا لولاياتها. يؤيد هذا النظر، أن المعاهدة الدولية تطرح مسائل قومية عميقة في أبعادها لا تحميها إلا السلطة الوطنية الفيدرالية^(٤). وصح القول بالتالي بأن للمعاهدة - بالنظر إلى الطبيعة الدولية للمصالح التي تمثلها - أن تنظم بطريقة شاملة، كافة المسائل التي يجوز التفاوض عليها، ولو كان من بينها ما احتجزه الدستور للولاية. كذلك لا شأن لدستورية المعاهدة بما إذا كان الدخول فيها يعتبر إجراء ملائماً وضرورياً وذلك لأمرين:

أولهما: أن المعاهدة والقانون دون الدستور في مدارج التنظيم القانوني في الدولة. ويتعين بالتالي أن تأخذ المعاهدة في اعتبارها حقوق المواطنين وحرياتهم، سواء ورد النص عليها في الدستور، أو صدر بها ميثاق لإعلان الحقوق. وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تستخلص من معاهدة دولية تتولى تنفيذ أحكامها - من خلال قانون يدمجها في القوانين الوطنية المعمول بها - حقوقاً تطو بها على الدستور. شأن المعاهدة الدولية في ذلك ولو كان إبرامها بموافقة السلطة

(١) J. Henkin, Foreign Affairs and the Constitution, 251- 70 (1972); Laurence H. Tribe, I ibid, p. 227.

(٢) De Geofroy v. Riggs, 133 U.S. 258, 267 (1890); Reid v. Covert, 354 U.S. 1 (1957).

(٣) Foster v. Neilson, 27 U.S. (2 pet) 253, 314 (1829).

إذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون، فإنها تعد له بشرط أن تكون نافذة بذاتها، لأنها إن لم تكن كذلك، فسحتاج إلى قانون لتنفيذها. وفي هذه الحالة يفسر هذا القانون ملغياً للقانون السابق. ولا يقل عندنا بأن المعاهدة ذاتها ألغت القانون السابق عليها. وفي الدول الفيدرالية تسمى المعاهدة على أي قانون في الولاية ولو نظم هذا القانون مسائل تدخل في اختصاصها.

(٤) Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920) at 435; Laurence H. Tribe, ibid, p. 227.

التشريعية، وفي حدود توجهاتها- شأن كل قانون توافق عليه بأغلبية أعضائها، ولو كان الدخول في المعاهدة الدولية وفق أوضاع شكلية تغاير تلك التي يتطلبها الدستور في شأن اقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها.

ثانيهما: أن ملامحة المعاهدة أو ضرورتها لا شأن لها بضوابط دستوريها. ذلك أن كل معاهدة دولية تتجرد من آثارها بقدر خروجها على الدستور، سواء تم الدخول فيها تنفيذاً لسياسة تم الاتفاق عليها، أم كان التفاوض عليها وإبرامها قد تم لمواجهته أوضاع طارئة. ذلك أن التدخل بالمعاهدة لتنفيذ سياسة قائمة، لا يحصلها؛ وإنما يتعين للفصل في دستورية المعاهدة، النظر إلى السلطة التي أبرمتها، وإلى حدود اختصاصها المقرر بالدستور، وإلى كيفية مباشرتها لهذه الاختصاص، وبمراعاة أن الفصل في دستورية القانون الصادر بتنفيذ معاهدة دولية، لا ينفصل عن المعاهدة التي تنطق هذا القانون بها.

المطلب الثاني

مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وإثراء على المعاهدة

٤٨٩- تنوزع السلطة بين الأفرع التشريعية والتنفيذية والقضائية، فلا تندمج في بعضها، حتى مباشر كل منها سر على ضوء تعاونها لا تتأخرها- وظائفها بصورة مقننة لا طغيان فيها، وفي إطار أشكال من الرقابة التي تعادلها فيما بينها، بما يحفظ توازنها ويكمل تساويها مع بعضها *The system of cheques and balances*. وبمراعاة أن فصل الأفرع التي مباشر السلطة عن بعضها، لا يقرر دائماً بخطوط فاصلة. بل كثيراً ما تكون حدود هذا الفصل مشوبة بالفوضى. وهو ما يلقي واجباً ثقيلاً على جهة الرقابة على الدستورية التي يتعين عليها عندئذ أن تبين الخطوط التي لا يجوز لأية سلطة أن تتجاوزها، وعلى الأخص فيما يتعلق باختصاص رئيس الجمهورية في تنفيذ السياسة القومية في الشؤون الخارجية، من خلال معاهدة دواية تعتبر أداة رئيسية لتطوير العلاقات بين الدول.

ولا شبهة في أن اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة شؤون الدولة الخارجية، إنما يدخل فيه عقد لمعاهدتها الدولية. ذلك أن إدارته لهذه الشؤون لا تتكفي من تفويض يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما مرد أمره في تصريفها إلى الدستور، مقيداً في ذلك بأحكامه. فلا تكون سلطته في إدارة الشؤون الخارجية مطلقة لا قيد عليها، وإن تعين القول بظية عناصر التقدير على ضوابط

التقييد فيها، واتساع نطاقها، ومرونتها، ومواجهتها لأوضاع متغيرة بطبيعتها، خاصة وأن نفاذ رئيس الجمهورية إلى الأوضاع الداخلية في الدول الأجنبية، ومعرفة بظروفها وخبرته بشؤونها، يتحقق على نحو أفضل من السلطة التشريعية. وهو يعتمد على مصادر له المحايدة التي ترتبط به مباشرة - كرجال مخابراته وسفرائه وقناصله الموزعين في الدول على اختلافها - للحصول على المعلومات التي يطلبها منهم عنها. فلا تكون موضوعية تقاريرهم وسريتها إلا مصادر موثوق بها تكبر خطاه، وتبصره بالطرائق الأفضل للتعامل مع هذه الدول.

وهو يقرر على ضوء هذه التقارير - التي تعتبر سريتها وضرورة كتمان ما ورد بها من أكثر الوسائل فعالية لتحديد الملامح الجوهرية للسياسة الخارجية - شكل التدخل، وصور التأثير في الدول الأجنبية التي يتعامل معها، وأثر هذا التدخل على الأوضاع التي تحيط بالدول المجاورة لها، وعلى روابطه الدبلوماسية في مجموعها، وما إذا كان مرغوباً فيه ألا يتدخل على نحو ما، أو ألا يتدخل على الإطلاق.

ولئن كان نفاذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، مطلقاً أحياناً على موافقة السلطة التشريعية عليها، إلا أن هذه السلطة لا يجوز أن تتدخل في عملية التفاوض بشأنها^(١). ومن باب أولى إذا كان نفاذ المعاهدة في الداخل واقعاً بحكم الدستور بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية التي لا تشترط لسريان المعاهدة في النطاق الداخلي، صدور قانون ينقل أحكامها من المجال الدولي ويجمعها في القوانين الوطنية، وإنما يجعل للمعاهدة التي يبرمها رئيس الجمهورية، قوة القانون، بمجرد التصديق عليها ونشرها وفق الأوضاع المقررة.

بما مؤداه أن كل اختصاص ينفرد به رئيس الجمهورية وفقاً للدستور، يظل واقعاً وراء حدود السلطة التشريعية ورقابتها. ذلك أن الأصل في السلطة - كما كان مضمونها أو الأنواع التي تبأثرها - هو أن يكون الدستور مصدرها. فلا تبأثر السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية غير الولاية التي حدها الدستور، وكذلك ما يندرج ضمناً تحتها، أو يعتبر نتيجة مترتبة عليها Resulting Power. وكلما كان الغرض مشروعاً، وواقعاً في حدود الدستور، كان للسلطة أن

(١) United States v. Curtiss - Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

تعمل على تحقيقه، بكل الوسائل الملائمة وغير المحظورة، والموافقة للمستور في عبارته وروحه^(١).

"Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution ; and all the means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.

ولرئيس الجمهورية إذا لم يرض بالشروط الجديدة التي تريد السلطة التشريعية إدخالها على المعاهدة، أن يتخلى عن التفاوض لإتمامها. وسلطته في ذلك مطلقة لا قيد عليها^(٢).

المطلب الثالث

التفاوض على المعاهدة الدولية

٤٩٠- لا تصدر أية مبادرة للدخول في معاهدة دولية إلا عن رئيس الجمهورية. فإذا عزم على عقدها، اختص دون غيره بالتفاوض حول بنودها^(٣).

ولرئيس الجمهورية أن يرخص لغيره في التفاوض على المعاهدة. وقد يتفاوض شخص عليها بغير تفويض يخوله السلطة الكاملة التي يكون بها ممثلاً لدولته في القبول بأحكامها.

وفي هذه الحالة تكون المعاهدة عديمة الأثر بالنسبة لهذه الدولة ما لم تجزها بعد إبرامها بإقرار لاحق^(٤).

ويقدم رئيس الجمهورية إلى السلطة التشريعية -إذا اشترط الدستور تبنيها للموافقة على المعاهدة- المعلومات التي يقدّر ملائمة عرضها عليها في شأن تطور مراحل المعاهدة ونتائجها^(٥).

(١) Mc Culloch v. Maryland, U. S. 4 Wheet 316, 420, 421 (1819).

(٢) Grandall, Treaties, Their Making and Enforcements Washington: second edition. 1916.

(٣) United States v. Curtiss- Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936).

(٤) انظر في ذلك المادة ٨ من اتفاقية فيينا لتقنين المعاهدات 39126 Document A CONF.

(٥) E. Corwin, the president - Office and powers 1787- 1957 New York, fourth edition, 1957, pp. 428- 429.

ولها بعدئذ أما أن تقرر رفض الموافقة على المعاهدة، أو القبول بها دون شروط، أو تعليق الموافقة عليها على تعديل بعض أحكامها، أو على التحفظ عليها، أو على إصدار بيان بالتفاهم حول دلالتها^(١)). ويتعين أن يتفاوض رئيس الجمهورية من جديد حول المعاهدة إذا كان قبول السلطة التشريعية لها، معلقا على تحفظ أو رهن إجراء تعديل فيها. ويكره بيان التفاهم محاذير كثيرة، أهمها أنه يعطي تفسيرا للمعاهدة قد لا يكون مقبولا من الدول أطرافها^(٢)). كذلك فإن التحفظ على بعض أحكامها لا يكون جائزا إذا كان ينظر إلى المعاهدة بوصفها صفقة متكاملة الأجزاء لا يجوز إدخال تغيير يؤثر في بنائها، مما يقتضي القبول بها في مجموع أحكامها، أو عدم الدخول فيها على الإطلاق.

المطلب الرابع

تفسير المعاهدة الدولية

٤٩١- تحكم المعاهدة في مجال تفسيرها قاعدة كلية حاصلها أن كل تفسير يحيط بالأغراض المقصودة منها، لا يكون مقبولا. كذلك، فإن قواعد تفسير المعاهدة تركز في جذورها إلى القواعد التي تفسر بها العقود في مجال القانون الخاص. وصح القول بالتالي -رغم ما تنص عليه المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- >حضور تفسير المعاهدة بما يتفق وحسن النية، وعلى ضوء المعنى المعتاد الذي يتعين أن يعطى لعبارة ومصطلحاتها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوعها ولا بأغراضها.

ويشمل سياق المعاهدة -لأغراض تفسيرها- أحكامها وملاحقها وديباجتها، وكذلك كل اتفاق يتعلق بالمعاهدة تم بين الدول أطرافها في مجال إبرامها. فضلا عن أية وثيقة لها شأن بالمعاهدة في مجال إبرامها، إذا أصدرتها إحدى الدول المتعاقدة، وأقرتها الدول الأخرى أطرافها كوثيقة تتعلق بالمعاهدة.

(١) The constitution of the United States of America, U.S. government printing office, Washington 1996, p. 420.

(٢) يقصد بالتحفظ -رغم ما تنص عليه المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- ذلك البيان الإفرادي A Unilateral Statement أي كانت الطريقة التي صيغ بها أو التسمية التي أطلقت عليه، إذا كان من شأن هذا البيان التعبير عن إرادة الدولة وقت توقيعها على المعاهدة أو تصديقها عليها أو انضمامها، أو قبولها لها، في استبعاد أو تعديل الأكثر الكثرة الدولية لبعض أحكامها في مجال تطبيقها والتنسبة إليها.

ويؤخذ في الاعتبار -بالإضافة إلى سياق المعاهدة، وبخلاف عن قواعد القانون الدولي ذات الصلة للمعمول بها في علاقته الدول فيما بينها- كل اتفاق لاحق تم بين الدول أطرافها فيما يتعلق بتفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها، إذا دل على قبول الدول أطرافها لهذا التفسير. ويعطي كل مصطلح في الاتفاقية معنى خاص، إذا قام الدليل على اتجاه لردة الدول إلى هذا المعنى».

وتجوز المادة ٣٢ من هذه الاتفاقية، اللجوء إلى وسائل تكميلية للتفسير، بما في ذلك الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمعاهدة، وإلى الأوضاع الملائمة لإبرامها، وذلك من أجل تأكيد معانيها الناجمة عن تطبيق المادة ٣١ من الاتفاقية؛ أو لتحديد هذه المعاني إذا كان تفسير المعاهدة وفقاً لنص المادة ٣١ المشار إليها، يترك المعنى غامضاً أو مجهولاً، أو يفضي إلى نتيجة بالغة الغرابة، أو مجاوزة بشكل ظاهر ما هو معقول *Manifestly absurd or unreasonable*.

وتنص للمادة ٣٣ من الاتفاقية المذكورة على أنه كان نص المعاهدة محرراً بأكثر من لغة رسمية، فإن صيغها الرسمية جميعها تكون لها القوة ذاتها، ما لم تنص المعاهدة أو تنفق الدول أطرافها على تغليب صيغة رسمية معينة على أخرى، حال اختلافها في المعنى. ويستتبع أن تتوافق الصيغ الرسمية المختلفة للمعاهدة في معانيها، وفيما عدا الحالة التي تنص فيها المعاهدة أو التي تنفق فيها الدول أطرافها على تغليب صورة على أخرى من الصيغ الرسمية للمعاهدة، فإن ما يقع من تغاير في المعنى بين صيغة وأخرى عند مقارنتها ببعض، يتعين أن يفضى -إذا تضرر حله من خلال المادتين ٣٢، ٣١ من الاتفاقية- بالرجوع إلى المعنى الذي يوفق بطريقة أفضل، بين ما هو قائم من تعارض بين هاتين الصيغتين الرسميتين، مع إيلاء الاعتبار لموضوع المعاهدة وأغراضها.

٩٢-٤- تلك هي الخطوط الرئيسية لقواعد تفسير المعاهدة التي شكك بعض الفقهاء في وجودها أصلاً في نطاق القانون الدولي؛ وإن كان آخرون قد ذهبوا إلى احتواء هذا القانون على أصول لتفسير المعاهدة لا يجوز تجاهلها. وهم يستخلصون هذه الأصول من القواعد التي أقرتها في هذا الشأن المحكمة الدائمة للعدل الدولي^(١). وهي قواعد حرص معهد القانون الدولي كذلك

(١) انظر في ذلك الرأي الاستشاري للمحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في موضوع.

"The Exchange of Greek and Turkish Populations". Ser.B.No p.p20,26.

وكذلك رأيها الاستشاري في موضوع "Postal Polish Office in Danzig." Ser.B.No.11, at 37

على صياغتها -بحذر كبير- في مادتين^(١). والفقهاء يختلفون كذلك في نقطة البداية التي يركزون عليها في مجال التفسير. فبعضهم من يولي اهتمامه لنصوص المعاهدة بوصفها التعبير الأكثر والرسمي عن نوايا الدول أطرافها. وينظر آخرون إلى نوايا هذه الدول بوصفها عاملاً شخصياً منفصلاً عن نصوص المعاهدة؛ ويركز نفر آخر على موضوع وأغراض المعاهدة، المعنوية أو الواضحة.

والذين يحاولون من الفقهاء على نوايا الدول المتعاقدة، يجيزون الرجوع بصورة متحررة إلى الأعمال التحضيرية، وإلى غيرها من الوثائق التي تعيد في كشفها عن هذه النوايا. والذين يعطون أهمية رئيسية لموضوع المعاهدة وأغراضها -خاصة في المعاهدات التي تتعدد الدول أطرافها- يسوغون تفسير أحكامها فيما وراء نصوصها، وحتى بالمخالفة لها. ولكن الفقهاء في غالبيتهم يرون أن المكلة الأولى في التفسير، هي تلك التي تحفظها نصوص المعاهدة. ولكنهم لا يتجاهلون كذلك الشواهد الخارجية على نوايا الدول أطرافها، ولا يستقون من حسابهم موضوع المعاهدة وأغراضها في مجال تفسير أحكامها. والمعالم الدولية جميعها تلجأ في تفسير المعاهدة إلى قواعد التفسير المقررة في نظمها الوطنية في مجال تفسير العقود. وإن صح ما قرره الفقهاء من أن قواعد التفسير هذه، ليس لها صفة إلزامية، لأنها تعتمد على المنطق وحسن التقدير، وأن قيمتها تكمن في مجرد كونها خطوطاً توجيهية لضوابط التفسير لا ترقى إلى مرتبة الإلزام، وإن ملاممة تطبيقاتها في حالة بذاتها، مرده إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طبيعة المعاهدة وموضوعها، وطريقة ترتيب عبارتها، وصلتها ببعضها، وعلاقتها بالأجزاء الأخرى في المعاهدة، ودرجة الفتناع المفسر -لا بآلية تطبيق هذه الضوابط- وإنما بمدى صلاحيتها لمواجهة أوضاع بذاتها لفرزتها المعاهدة في مجال تطبيقها بين الدول أطرافها.

ولا يتصور بالتالي تكثيف قواعد تفسير المعاهدة على ضوئها، كلما كانت ملاممة تطبيقاتها في حالة بذاتها، موقوفة على الطبيعة الخاصة للنص معين، أو على النظرة الشخصية لأوضاع تحيط بالمعاهدة وتؤثر في تطبيقها. وإنما يتعين أن يقتصر التفتين على تلك القواعد التي لها من عموم تطبيقاتها ما يسوغ الإحالة إليها في مجال تفسير المعاهدة. ويندرج في إطار هذه القواعد: ما هو مقرر من أنه إذا تعارض تفسيران للمعاهدة أحدهما بمنحها الفعالية والأخر بحجبها عنها على

(١) Annuaire de L'institut de droit international, Vol.46(1956)P.359.

ضوء موضوعها و أغراضها، فإن التفسير الأول يكون هو الأقرب باعتباره ضرورة يقتضيها حسن نية الدول أطرافها في مجال تنفيذها.

٤٩٣- وينبغي أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: إن فاعلية المعاهدة The rule of effectiveness ، لا تخول أحداً أن يفسرها بما يلائم دلالة عبارتها وروحها. ذلك أن مثل هذا التفسير ينحل تحديلاً لأحكامها، ولا يتوحي مجرد تحديد معانيها^(١).

ثانياً: يتعين النظر إلى المعاهدة إليها كوحدة متكاملة أجزاؤها فيما بينها. كذلك فإن النظر إلى قواعد التفسير المختلفة لترتيبها فيما بينها وفق علاقة منطقية تقتضيها طبائع الأشياء، لا يفود تدرج هذه القواعد فيما بينها في نطاق علاقة هرمية تقدم بعضها قانوناً على بعض.
Hierarchy of norms.

ثالثاً: أن نص المعاهدة هو نقطة البداية في كل تفسير لأحكامها. ويتعين بالتالي أن يؤخذ بمعاني ذلك النص في دلالتها المعتادة، وفي إطار سيقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو يحبط أغراضها، وأن يحول دائماً على ما يجري به العمل بين الدول أطرافها، وعن اتفاقاتها اللاحقة لإبرامها والتي تبلور تفاهها فيما بينها على المعاني التي يتعين إسنادها إلى المعاهدة.

ومرد أصل اللجوء إلى النص ابتداءً The Textual Approach أنه التعبير الأوضح والأخير عن الإرادة المشتركة للدول المتعاقدة. ويتعين التحويل عليه أصلاً خلا للقروض الدائرة التي حكم لها.

Le texte signé est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus récente expression de la volonté commune des parties^(٢).

رابعاً: أن تفسير المعاهدة وفق ما يقتضيه حسن النية، مرده أنها شريعة الحد فيما بين الدول أطرافها Pacta sunt servanda.

(١) Ut res magis valeat quam pereat.

(٢) أنظر في ذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية I.C.J Reports 1950,p.229
Annuaire de l'institut de droit international, vol.44, tome 1(1952),p.199.

خامساً: الأخذ بالمعنى المعتاد لمصطلح ورد في المعاهدة، علي ضوء مفاهيم مجردة، وإنما يتحدد في إطار سياق المعاهدة، وعلي ضوء موضوعها وأهدافها؛ ووفق معقولة أو اضطراب هذا التفسير. وفي ذلك نقول محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة باختصاص الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن قبول دولة جديدة كعضو بها، ما يأتي:

"إن المهمة الأولى لأية محكمة تدعي لتفسير نصوص معاهدة دولية، هي أن تعمل جاهدة علي إعطاء الفاعلية لأحكامها في النطاق الطبيعي والمعتاد لدلالاتها، وعلي ضوء سياقها. فإذا أمكن إسناد معنى معقول لها في هذا النطاق، كان ذلك نهاية لمهمة المفسر^(١)".

سادساً: أن ما قد تتصوره إحدى الدول من معانٍ لألفاظ المعاهدة، تقوم في ذهنها وقت التفاوض عليها أو عند إبرامها، لا يعدو أن يكون تحفظاً ذهني Mental reservation قد يقوم الدليل علي نفيه من حقيقة مضمون نصوص المعاهدة، ودلالة عبارتها.

سابعاً: لا يجوز في مجال تفسير المعاهدة أن نحتكم إلي التفسير المرن لأحكامها بقصد تطويرها، و لا إلى التفسير المضيق للنطاق تطبيقها بقصد صون حقوق السيادة وفرض أكل القيود عليها. ذلك أن لكل معاهدة نطاقاً طبيعياً تصل فيه، ودائرة لسريانها ومضمونها لأحكامها لا يجوز أن يخل من خلال هاتين الصورتين من صور تفسير المعاهدة اللتين قد تقتضيان إرادة الدول أطرافها، ولا تفصحان مجالا حقيقيا لتعمق مقاصدها من المعاهدة. والأولى أن نتد بعنايتها الواضحة، سواء كانت المعاهدة من طبيعة مشرعة Traité Lois، أم كانت من طبيعة عقوبة Traité Contrats، وأن نأخذ هذه المعاني من الدلالة الطبيعية أو المألوفة للكلمة أو العبارة، لأن أن نعملها بمعان نرفقها، أو نحورها. وهو ما تقرره المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي^(٢)، وذلك بقولها:

It is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd.

(١) I.C.J Reports 1950, p.8.

(٢) I.C.J Reports 1950, p.8.

ثامنا: يتعين تفسير المعاهدة بالنظر إلى كافة بنودها، فلا يقتصر التفسير على نص منها منعزلا عن غيره. ذلك أن نصوص المعاهدة تتكامل فيما بينها. وحتى الدلالة القاطعة لبعض الألفاظ في أجزاء من المعاهدة، قد تقتضها معان يمكن أن تستبطنها من باقي أجزائها.

تاسعا: خلو المعاهدة من نص يحكم الحالة المعروضة، لا يجوز أن يغل يد المفسر عن النظر في أغراض المعاهدة. فإذا استطاع أن يستخلص منها حكما يغطي به هذا الفراغ، تعين تطبيقه^(١).

المطلب الخامس

العلاقة بين المعاهدة والقانون

٤٩٤- ويقرر دستور جمهورية مصر أن المعاهدة شأنها شأن القانون بعد إرغامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. فلا يطو القانون على المعاهدة، ولا المعاهدة على القانون. ولكنهما يتكافآن في مرتبتيهما في مدارج القواعد القانونية. وإذا كان الدستور يسمو على المعاهدة والقانون، فإن عليهما أن يتقيدا بأحكامه. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تكفل للمعاهدة قوتها بقدر اتفاقها مع أحكام الدستور. فإن هي جاوزتها، تعين إبطالها. ولا يجوز بالتالي أن تنال معاهدة دولية سؤا كان موضوعها- من نصوص الدستور في جرائبها الشكلية والموضوعية.

^(١) ومن ذلك ما أقرته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بتعرض العاملين بالأمم المتحدة عن الأضرار التي تسببهم وتؤدي إلى موتهم أو إلى إحداث جروح بهم من جراء عمل يصدر عن إحدى الدول الأعضاء بها، من أن ميثاق الأمم المتحدة وإن خلا من نص يفرض هؤلاء العاملين الأهمية القانونية التي يلقون بها الدولة التي صدر عنها العمل الضار إلا أن هذا الميثاق لم يجردهم كذلك من الأهمية، وما كان بوسعهم الحصول على حقوقهم من الدول المستولة، بغیر تمتعهم بتلك الأهمية، ومن ثم يكن واجباً لغيرهم إثباتها لهم. راجع أيضا:

I.C.J. Reports 1949, 174. See also, The Corfu Channel Case (Merits) I.C.J. Reports 1949, at .PP.23-26

Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157 See also, Draft Articles on the law of treaties with Commentaries, adopted by the international Law Commission at its 18th session, United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Documents, pp.37-46

فما تدعيه ولاية في تنظيم فيدرالي من حقها في تنظيم هجرة الطيور عبر إقليمها، ينال من المصلحة الوطنية الحريضة في تصاعدها، ولتي تقتضي أن تنظم هذه الهجرة من خلال معاهدة دولية، ويقوانين فيدرالية. خاصة وأن الطيور المهاجرة لا تتوطن في أية ولاية، وإنما يكون مرورها بها عابرا. والمعاهدة والقانون هما اللذان ينظمان هذه الهجرة. ويدونهما لن تكون ثمة طيور تنظمها أية سلطة. ولن يكون ثمة محل للاعتماد عليها، سواء كغذاء أو في مجال تنقيبة وحماية المحاصيل من حشراتهما^(١).

وكلما تعارض مضمون المعاهدة والقانون لاحق عليها، وكان للمعاهدة قوة القانون، فإن أولوية التطبيق تكون لهذا القانون دون المعاهدة *Leges Posteriores Priores Contrarias* Abrogant.

ذلك أن كلا من المعاهدة والقانون تتكافأ في هذه الصورة في درجتيهما، فلا يكون القانون اللاحق على المعاهدة إلا معدلا أو مذهبيا لها. فإذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون، فإنها تعدله بشرط أن تكون نافذة بذاتها *Self-executing Treaty*^(٢). وتعتبر المعاهدة كذلك، إذا كان تنفيذها لا يرتبط بصنود قانون ينقل أحكامها إلى النطاق الداخلي ويجعلها واجبة الاحترام^(٣)، فإذا كان تنفيذها معلقا على صدور قانون لاحق، فإن القانون السابق يظل قائما إلى أن يصدر القانون اللاحق. وكثيرا ما تكون المعاهدة غير نافذة نفاذا ذاتيا، إما بالنظر إلى طبيعة موضوعها^(٤) أو بناء على نص فيها.

(١) كانت الولايات المتحدة الأمريكية قد أبرمت مع بريطانيا العظمى من أجل حماية الطيور المهاجرة. وقد أصدر الكونجرس قانونا لتنفيذ هذه المعاهدة، إلا أن ولاية مسوري نعت على هذا القانون تدعيه على المجال المحجوز للولايات بمقتضى التحديد العاشر للدستور الأمريكي. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة قضت بأنه لا شبهة في دستورية القانون المطعون عليه، لصحوره عن الكونجرس في نطاق سلطته في اتفاد التدابير الضرورية والملائمة لتنفيذ سلطات الحكومة

Missouri v. Holland , 252 U.S. 416 , 432 (1920).

(٢) Cook v. United States, 288 U.S.102(1933).

(٣) *Faster v. Neilson* 2 pet (27 U.S.) 253, 314 (1829).

(٤) ومن ذلك معاهدات الحياد، والمعاهدات التي تتعلق بالحرب والمعاهدات التي تكفل للأجانب حقوقا مدنية يشاؤون فيها مع المواطنين

وقد تكون للمعاهدة قوة تطو على القانون، ولا يتصور في هذه الحالة أن يحلها قانون لاحق، وهو ما تنص عليه المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي بقولها بأن لكل اتفاق أو معاهدة دواية قوة تربع على القانون إذا كان للتصديق أو الموافقة عليها، قد تم وفق الأوضاع المقررة، وبشروط تبادل تطبيقها بين الدول أطرافها.

وكلما كان تدخل السلطة التشريعية مطلوباً لتنفيذ معاهدة دولية، فإن الأمر يحتمل عندئذ أحد فرضين:

أولهما: أن يكون موضوع المعاهدة واقعا في إطار المسائل التي عهد الدستور صراحة إلى السلطة التشريعية بتنظيمها، وعندئذ يدخل تنفيذ المعاهدة في إطار اختصاص كافة الدستور لهذه السلطة.

ثانيهما: أن يكون موضوع المعاهدة ذا طبيعة دولية. وفي هذه الحالة لا يتدخل المشرع لتنفيذ المعاهدة بناء على نص مباشر في الدستور يخولها هذا الاختصاص، وإنما لأن ولايتها المقررة بالدستور يندرج تحتها ضمناً، إقرار كافة القوانين التي تراها ملائمة وضرورية لإعمال مقتضاها *The necessary and proper clause*.

وليس للمشروع في نظام فيدرالي، أن يجرم الأفعال المخلة بالنظام داخل حدود الولاية، ولكنه يستطيع تقرير عقوبة عن هذه الأفعال ذاتها، إذا كان من شأنها حرمان غير المواطنين بها، معن الحقوق التي كفلتها لهم معاهدة دولية. فلا يكون القانون الصادر عن المشرع لفيدرالي، إلا إجراء ضرورياً وملائماً لتنفيذ هذه المعاهدة^(١).

كذلك لا تختص السلطة التشريعية وفقاً للدستور بتحويل قضايتها سلطة قضائية على مواطنيها في الدول الأجنبية، لأن ذلك من المهام التي تنظمها المعاهدة فيما بين الدول أطرافها، وإن جاز للسلطة التشريعية أن تصدر قانوناً تكملياً لهذه المعاهدة، باعتباره إجراء ملائماً وضرورياً لتطبيقها. ولا يجوز للسلطة التشريعية كذلك أن تصدر قانوناً بتسليم الهاربين من العدالة إلى الدولة طالبة التسليم، ولكن المعاهدة بوسمها ذلك. وقد أصدر المشرع كثيراً من القوانين التي ينفذ بها معاهدات التسليم هذه.

(١) Neely v. Henkel, 180 U.S. 109, 121 (1901).

وتتحصر الرقابة على الدستورية في هذه الصور جميعها، في التحقق مما إذا كان تدخل السلطة التشريعية على النحو المتقدم، يعتبر إجراء ضرورياً ولامتثالاً لتنفيذ معاهدة قائمة. فإن لم يكن هذا التدخل كذلك، فإن هذه السلطة تكون قد تجاوزت حدود ولايتها، وأنت بالتالي عملاً مخالفاً للدستور.

بما موداه، أن كافة المسائل ذات الطبيعة الدولية وما يتصل بها من حقوق الدول والقراراتها، تنفرد عن حقوق الميادة التي تباشرها كل دولة على امتداد إقليمها. وليس لسلطة محلية من شأن بها. وإنما الشأن فيها إلى السلطة القومية المركزية التي تملك من خلال المعاهدة الدولية تنظيم هذه المسائل على الصعيد القومي، ولو كان للسلطة المحلية بعض الحقوق فهي شأنها.

المطلب السادس

المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني

٤٩٥- لا يعتبر مخالفاً للدستور، خروج المعاهدة الدولية على الشروط التي طلبتها السلطة التشريعية لإبرامها. ذلك أن مجاوزة رئيس الجمهورية لحدود تفويض صدر عنها للدخول في المعاهدة الدولية، لا يدل بالضرورة على إهداره لصوص الدستور، ويؤكد فقط مجاوزة المعاهدة لشروط يفترض أن تكون إطاراً لها، ومدخلاً لتنفيذ الحقوق التي كفلتها.

ولا كذلك أن تدخل المعاهدة التي دخل فيها رئيس الجمهورية بحقوق الأفراد أو حرياتهم الأساسية التي وكفلها الدستور أو وثائق إعلان الحقوق، ولو كان موضوع المعاهدة من طبيعة دولية تخص أسرة الدول، وتدخل في اهتماماتها International Concern.

وإن صح القول بأن الطبيعة الدولية لموضوع المعاهدة تعبير مرن، وأن المعاهدة الدولية هي طورها الراهن تتناول مسائل تنكح مجالاتها بأطراف، ويزداد اتساعها يوماً بعد يوم، ولم تكن أسرة الدول تعطيها من قبل قدراً كبيراً من الاهتمام، كالاتجار غير المشروع بالعمل المهاجرين، واستغلال الممننين والبهايا وعمل الأطفال، وحظر كافة أشكال نظام العمل المسبخر، وصور التمييز ضد المرأة، وفرض الزوج قهراً، والرق في صورته التقليدية، وكذلك في أشكاله الجديدة التي تتمثل في التحريض على دعاية المرأة والتعامل في الأطفال، وارتهان شخص وفاء

الدين. وكذلك تعويض ضحايا إساءة استعمال السلطة وحماية كافة الأشخاص الذين يتعرضون بصفة مؤقتة للاحتجاز أو لغير ذلك من صور تقييد الحرية الشخصية المجافية لشرط الوسائل القانونية السليمة، كالإيداع غير المشروع في السجن.

المطلب السابع

المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال السياسية

٤٩٦- الأصل في المعاهدة الدولية أن تنفذ بالشروط الشكلية والموضوعية التي تطلبها الدستور فيها.

٤٩٧- وقد تتضمن المعاهدة الدولية أحكاماً تخرج بطبيعتها من مجال الرقابة القضائية على الدستورية. ويندرج تحتها ما إذا كان ثمة إخلال بالمعاهدة قد صدر عن دولة متعاقدة؛ وما إذا كان للدخول في المعاهدة يرتبط بأوضاع لم يحد لها من وجود بالنظر إلى ما طرأ من تغيير جوهري على ظروفها Fundamental Change in Circumstances؛ وما إذا كان ثمة إجراء أو إعلان قد صدر عن دولة متعاقدة، يخول السلطة الوطنية حق الرد عليها بإجراء مقابل، سواء بالامتناع عن تنفيذ المعاهدة، أو بوقفها، أو باتخاذ إجراء على غلتها^(١).

وليس لقضاء للشرعية الدستورية كذلك من شأن بقرار للحفاظ على المعاهدة؛ ولا بقرار سحبها؛ ولا بالشروط التي تتفق عليها دولتان متعاهدتان لتطبيق معاهدة دولية بصفة مؤقتة، سواء في كامل أجزائها أو بعضها؛ ولا بنصوص المعاهدة التي تكفل للدول الأجزاء، حقوقاً تلحقها لها؛ ولا بتعديل معاهدة قائمة؛ ولا بقرار الدول المتعاقدة لفصل بعض أجزاء المعاهدة عن بعضها؛ ولا بقرار إحداها أو بعضها إلغاء المعاهدة أو وقفها أو التخلي عنها، أو لصحابها منها. ذلك أن كل قرار من هذا القبيل يدخل في الولاية المنفردة للسلطة التنفيذية، ولو كان قبول السلطة التشريعية للمعاهدة، مشروطاً بالتنفيذ بأحكامها.

٤٩٨- ويظل لقضاء الشرعية الدستورية الولاية الكاملة للتحقق من استيفاء المعاهدة للشروط الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كالصدق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. وهو

(١) Taylor v. Morton, 23 Fed Case. 784 (No. 13, 799) 1855; See also Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979).

ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور مصر. ولئن خلا هذا الدستور من بيان حكم الانضمام إلى المعاهدة، إلا أن لهذا الانضمام الآثار ذاتها التي يرتبها التصديق. كلاهما يقطع على المعاهدة قوة القانون وينقلها إلى القانون الداخلي بعد نشرها في الجريدة الرسمية، وذلك عملاً بنص المادة ١٥١ المشار إليها.

ومن ثم تتجرد المعاهدة من قوة القانون، ولا تنفذ في النطاق الداخلي إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو كان قد صدق عليها، ولكنها لم تنشر.

ذلك إن نشر أحكامها في الجريدة الرسمية يعتبر شرطاً جوهرياً لافتراض العلم بها، ولإمكان تطبيق المحاكم الوطنية لها، وفرضها على المخاطبين بها.

ويعتبر للتصديق على المعاهدة، وكذلك الانضمام إليها تعبيراً من الدولة المتعاقدة عن إرادة التقيد بالمعاهدة، ولكنهما يختلفان في أن التصديق على المعاهدة يفترض تفاوض الدول -التي تتبادل وثائق التصديق فيما بينها- على أحكام المعاهدة^(١) ولا كذلك الانضمام إليهما Accession إذ يصدر عن جهة في السلطة التنفيذية منحها الدستور هذا الاختصاص في شأن معاهدة لم تتفاوض عليها ولم توقعها.

ومن ثم كان الانضمام إلى المعاهدة قولاً من هذه الجهة للدعوة المفتوحة الموجهة إليها من الدول أطرافها للتقيد بأحكامها، وفق شروط هذه الدعوة ومتطلباتها التي تعيها الدول الأصلية في المعاهدة^(٢). وهي الدول التي أبرمتها ابتداءً وإن كان خضوع المعاهدة للشروط لشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، شرطاً لميلاتها دستورياً.

كذلك يفرض قضاء الشرعية الدستورية رقابتهم في شأن مضمون النصوص التي حوتها المعاهدة للتحقق من موافقتها للدستور في محتواه.

(١) الأصل في القانون الخاص هو أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصل متى التزم النائب بتعليمات الأصل. وكان من المفترض في القانون الدولي -حيثما لو أخذنا بالقاعدة السابقة- أن تعتبر المعاهدة للذة في حق الدولة إذا أبرمها من كان يتفاوض باسمها عليها، في حدود توجيهاتها. ولكن المعمول به الآن في محيط الأسرة الدولية، هو أن للتصديق لاحق على التفاوض، يعتبر إجراء ضرورياً لنفاذ المعاهدة.

(٢) Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157.

ومن ثم يعتبر مخالفا للدستور، إنكار هذه النصوص للحق في التقاضي، أو لحق غير المواطنين في اقتضاء الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة التي اكتسبها هؤلاء وفق النظم القائمة، أو لحق المواطنين في المعاملة المتكافئة أمام القانون، أو للحق في بيئة خالية من ملوثاتها.

المطلب الثامن

إنهاء المعاهدة

٤٩٩- الأصل أن يكون إنهاء المعاهدة باتفاق أطرافها، أو نتيجة إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالتزاماتها، أو بناء على إخطار تفصح به إحدى الدول المتعاقدة عن رغبتها في إنهاء العمل بالمعاهدة بعد فترة زمنية من اتصال هذا الإخطار بها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها إقرار المعاهدة الدولية، مقتضيا تكسلا من السلطة التشريعية، فإن رئيس الجمهورية كثيرا ما يمثل بإنهائها بعد الدخول فيها، مستندا في ذلك إلى مسؤوليته المباشرة عن إدارة الشؤون الخارجية للدولة على ضوء ما يتلقاه من معلومات من مصادره الموثوق بها. فلا يتخذ قرارا بالدخول في المعاهدة أو بإنهائها إلا بعد تقييم الأوضاع التي تحيط بها. وعلى السلطة التشريعية بالتالي أن تقدم لرئيس الجمهورية كل دعم يقتضيه إلغاء المعاهدة ثم إبرامها وفقا للدستور، وذلك لضمان وحدة توجه الدولة في مسائل لها خطرها، ويتعين أن يكون صوتها فيها واحدا.

وقد يقال بأن تطبيق إقرار المعاهدة على موافقة السلطة التشريعية، موداه أن يكون تدخلها مطلوبا كذلك لإنهاء العمل بها، ولو كان رئيس الجمهورية في مركز أفضل منها في مجال تقييم الآثار المترتبة على إلغائها، خاصة إذا كان للمعاهدة قوة القانون، مما يجعل حق إلغائها عملا تشريعا.

إلا أن التجربة العملية تدل على أن السلطة التشريعية قلما تصدر قانونا تلغي به معاهدة نافذة. غير أنها أحيانا تتخذ موقفا من معاهدة قائمة بما يوفر لرئيس الجمهورية إطارا ملائما للتدخل لإنهاء المعاهدة^(١).

(١) اتخذ الكونجرس الأمريكي قرارا مشتركا حول رئيس الجمهورية بمقتضاء وعلى حدود سلطته التشريعية- بأن يخطر الحكومة البريطانية بإلغاء الحكومة الأمريكية لإتفاقية ١٨٢٧/٨/١ المتعلقة بالاحتلال المشترك لهماين الدولتين لإقليم أوريغون Oregon.

وقد تفوض السلطة التشريعية رئيس الجمهورية في أن يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها، فلا يكون موقفها من المعاهدة غير إذن بالتخلي عنها بدءاً من الفترة التي حدها هذا الإخطار لاتقضاؤها. وقد ينازع رئيس الجمهورية في دستورية تفويض مصدر عن المسطة التشريعية تكلفه به التكتل من معاهدة قائمة^(١). وقد يلجأ رئيس الجمهورية معاهدة قائمة بغير الرجوع إلى السلطة التشريعية أو إلى مجلس شيوخها^(٢).

ولرئيس الجمهورية أن يقرر كذلك ما إذا كانت المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولا بها. ذلك أن مجرد إخلال دولة متعاقدة، بالتزاماتها الناشئة عن المعاهدة، لا يلزم غيرها من الدول المتعاقدة بالتححر منها، بل لها أن تبقى نافذة في موجهتها^(٣).

وسواء كان إنهاء المعاهدة عملاً يستقل به رئيس الجمهورية، أو يصدر في إطار توافق بين رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية، أو تنفرد به هذه السلطة - هو أمر نادر - فإن إنهاء المعاهدة يظل من الأعمال السياسية التي تخرج بمطبيعتها عن الرقابة القضائية.

وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها إذا قرر رئيس الجمهورية أن المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولا بها، رغم إخلال إحدى الدول المتعاقدة بأحكامها أو تنصلها منها. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تتنازع رئيس الجمهورية في تقديره، ولا أن تفرض عليه تصورها للطريقة التي ينبغي أن يدير بها السياسة الخارجية من خلال المعاهدة الدولية التي تعتبر للعصر الحاسم في تقرير أبعادها وتطويع ملامحها. ذلك أن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون نهائياً فلا يعاق. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تنقيد به، وألا تعتد بعمل أو إجراء يعطل إنفاذ السياسة الخارجية، أو يرهقها.

(١) كان الرئيس الأمريكي لينكولن أول رئيس أمريكي يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها معها، بغير أن يحصل على ترخيص بذلك من الكونجرس الذي صدق بعد ذلك على قراره.

(٢) ألقى الرئيس الأمريكي كارتر المعاهدة المبرمة بين الولايات المتحدة وتايوان بقرار منفرد منه. وقد أثار ذلك مناقشات مطولة داخل مجلس الشيوخ. إلا أن هذا المجلس لم يقترح ضد الإنهاء المنفرد لهذه المعاهدة حتى لا يدخل في نزاع مع رئيس الجمهورية.

(٣) Charlton v. Kelly, 229, U.S. 447 (1913) at 473- 476.

وليس لولاية في تنظيم فيدرالي أن تعيد تشكيل هذه السياسة لتوافق مناهجها في تصرفها، وإلا كان ذلك اعتداء منها على السلطة المركزية التي تستقل بتقديرها وتقييمها ومرجعيتها غير مفيدة في ذلك لا بدساتير الولايات الأعضاء في الاتحاد، ولا بشريعاتها، ولا بأحكامها القضائية.

٥٠٠- ومن صور إنهاء المعاهدة، أن تنظم الدول أطرافها موضوعها من جديد بمعاهدة لاحقة، وذلك إذا بدا من المعاهدة اللاحقة، أو من دليل آخر، على توافق الدول أطرافها على أن تحل المعاهدة الجديدة محل القديمة، أو قام التعارض الظاهر بين نصوص المعاهدتين بحيث يستحيل توفيقهما معا^(١). ولا يخل إنهاء دولة متعاقدة لمعاهدة ترتبط بها ولا تلغيها عنها أو انسحابها بها منها أو وقفها لها، بولجها في إيفاء التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، إذا كان عليها الامتنال لها لزولا على القواعد التي ألزمها للقانون الدولي بالخضوع لها استقلالاً عن المعاهدة^(٢).

٥٠١- ويفترض إلغاء المعاهدة. نشولها صحة وفقاً لقواعد القانون الدولي. ولا كذلك أن يكون إبرامها باطلاً أصلاً نتيجة تهديد باستعمال القوة أو استخدامها فعلاً بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة؛ وكذلك إذا كان قبول إحدى الدول للمعاهدة قد نجم عن خطأ في واقعة، أو في مركز كان يفترض أن يتحقق وقت إبرامها؛ إذا كان هذا الخطأ عنصراً جوهرياً في قبولها بالتقيد بأحكامها. وكما تبطل المعاهدة بالخطأ على النحو المتقدم، يبطلها كذلك كل غش أو تحايل أو إرشاء لممثل الدولة المتعاقدة بما يؤثر في إرادتها، ويحصلها على القبول بالمعاهدة.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن إلغاء المعاهدة يعتبر عملاً إراليا وتصرفاً قانونياً يصدر بالإرادة المنفردة. ولا كذلك أن تظهر أثناء سريان المعاهدة، قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خالفها، A new peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character لا يعتبر ظهور هذه القاعدة، منسباً للمعاهدة بقدر تعارضها مع أحكامها.

(١) انظر في ذلك المادة (٥٩) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. هذا وتكس الفترة الأولى من المادة (٦٠) من هذه الاتفاقية، على أن إخلال طرف في معاهدة تنكئة إخلالاً مادياً A material breach بمعاهدة لقمة، يخل الطرف الآخر بإنهاءها، أو وقف العمل بها بصورة كلية أو جزئية.

(٢) انظر في ذلك المادة ٤٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

المطلب التاسع

المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية

٥٠٢- قد تكون المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قليلة أهميتها كذلك التي تتعلق بتنظيم التجارة بين الدول بشرط التبادل، أو التي تنطبق بالخدمة البريدية فيما بينها، أو بإجراء تعديل بسيط في الحدود الإقليمية، أو بتنظيم الحماية التي تكفلها الدول المتعاقدة فيما بينها في شأن ينطبق بعلاماتها التجارية أو بحقوق مؤلفيها.

وقد ترقى المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية إلى حد النظر إليها كت تنظيم جماعي يضم دولاً عديدة، بما يشرع لها على نحو يعدل للقواعد العرفية المعمول بها فيما بينها أو يبدلها بقواعد جديدة تنقضيها، لتظهر المعاهدة الدولية في النهاية بوصفها تقنية شاملاً يحيط بالمسائل التي تتناولها ويفصل أحكامها، ويطور في مجالها من القواعد التي تقوم عليه أسرار الدول Law-making Treaty Provisions. ومن ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي تنظم استغلال مصادر الثروة في قيعانها وقيعان المحيط الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية.

ويظل محظوراً على الدول الأعضاء في الأسرة الدولية أن تنظم مسائل بعينها تمنعها من الدخول فيها قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خلافها Jus Cogens ومن ذلك ما ينص عليه هذا القانون من حظر استعمال القوة أو التهديد باستخدامها بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة، ومن حظر الاتفاق من خلال معاهدة دولية على إتيان بعض الجرائم كجرائم الحرب وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، كجريمة الرق، وتطهير الناس عرقياً وإبادةهم بصورة جماعية، ومحق آدميتهم من خلال السفرة، وتعذيبهم بالنظر إلى آرائهم أو معتقداتهم، وإغفالهم عن ذريهم وحملهم على تجربة طبية أو علمية بغير رضائهم، وقهر إرادتهم لإكراههم على الإقرار بجريمة.

٥٠٣- ولما كان نطاق المسائل التي تتناولها المعاهدة، فإن نفاذها موداه أن تنقود الدول أطرافها بأحكامها Pacta sunt servanda وأن تعمل على تطبيقها في إطار من حسن النية^(١)، ويكثر مباشر. فلا تحكم المعاهدة أفعالا سابقة عليها، ولا مراكز زال وجودها قبل سريانها ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك.

(١) المادتان ٢٦ و ٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

المطلب العاشر

الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها

في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها

٥٠٤- تنظم الدول من خلال معاهداتها الدولية، كثيراً من الشؤون التي تحيها وتتصل بمصالحها. ويعتبر التفاوض على المعاهدة، الصلية الأكثر تعقداً في مجال تكوينها.

بيد أن المعاهدة لا تصل إلى غايتها بمجرد التفاوض على أحكامها، ثم إبرامها فيما بين الدول أطرافها. وإنما تتخذ المعاهدة على الصعيد الدولي بشرط التصديق عليها من قبل الدول التي أبرمتها، فإن لم تكن قد وقعت، فإن المعاهدة لا تتخذ قبلها بغير الإضمام إليها.

وقد لا تصدق الدولة على معاهدة أبرمتها، أو تترخي فيه مدة من الزمن تطول أو تقصر، فلا تنفذها المعاهدة حتى في النطاق الدولي. ذلك أن التصديق على المعاهدة هو الإجراء الذي تدخل به أحكامها مرحلة التنفيذ. ودولها عن التصديق عليها أو أرجاؤه، مرده إلى مصالحها التي تزدها بالقسط على ضوء أثر المعاهدة عليها، فإذا استقر أمرها على التصديق، وتم التصديق فعلاً، فإن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص دستورها على أن مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية، يدمجها في القوانين الوطنية ويجعلها جزءاً منها.

وليس شمة حاجز بالتالي في هذه الدول بين سريان المعاهدة على الصعيد الدولي، وللتقيد بها في النطاق الداخلي. وتلك هي وحدة الصلة بين هذين النظامين *Monisme*. وهي وحدة مقتضاها أن تنفيذ المعاهدة في النطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قانون خاص يدمجها في الأنظمة الوطنية ويلحقها بها. ذلك أن صدور هذا القانون لا يشترط في غير الدول التي تفصل بين سريان المعاهدة في النطاق الدولي، وتطبيقها في النطاق الداخلي بقانون *Dualisme* وتجعل هذا للتطبيق موقوفاً على صدور ذلك القانون. وهو ما يجعل في ثأياه، كثيراً من المخاطر. ذلك أن المعاهدات الدولية وإن كانت أصلاً تنظم عاقلق الدول فيما بينها، إلا أن التطور الراهن في مجال القانون الدولي، جعل من المعاهدات الدولية أداة للتقنين المنظور لقواعد القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان، ليس فقط من خلال بيان هذه الحقوق ورصدها، وإنصافاً

كذلك عن طريق العمل على ضمانها فيما بين الدول المتعاقدة وفق آلية تحددها المعاهدة تكفل فعالية تنفيذها^(١). فلا يكون اقتضاء الأفراد لحقوقهم التي يبتتها المعاهدة رهن إرادة دولهم.

ذلك أن المعاهدة التي تنظم حقوقهم وحرياتهم لا تعاملهم بوصفهم مواطنين ينتمون إلى الدول المتعاقدة. وإنما بالنظر إلى كونهم بشر، وينبغي أن يعاملوا على هذا النحو. فلا تكون حقوقهم قبل هذه الدول حقوقاً هامدة، بل حقوقاً نافذة تنبض بالحياة فيها. وليس للدولة المتعاقدة بالتالي أن تمنعها أو تمنحها وفق مشيئتها، ولا أن تتكزع بحقوق السيادة التي تملكها حتى تتخلص من معاهدة قبلتها، ولا أن تجعل من إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالحقوق التي كفلتها المعاهدة للأفراد، سبباً لتفصلها هي منها. ذلك أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضييق بها لمجرد أن بلداً آخر لا يعطيها ما تستحقه من الاهتمام، أو لا يكتفلها بصورة ملائمة، أو يعمل على نقضها^(٢) أو يرهق للحصول عليها بوسائل مختلفة؛ أمهما القواعد الإجرائية المعقدة التي يحيطها بها. خاصة وأن المفاهيم التقليدية للسيادة الإلزامية، يقدمها اليوم ما هو ملحوظ من تداول مصالح الدول لا تصادمها، وتعاونها من خلال التفاوض لحل منازعاتها.

وإذا كانت المعاهدة هي الوسيلة المثلى التي تنظم الدول بها الإطار الملزم لعلالاتها المتبادلة، فإن تنفيذها بحسن نية يكون واجباً. ولا يتحقق ذلك في النطاق الداخلي بغیر أعمال المعاهدة كجزء من القوانين الوطنية، فور التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما نراه الحل الأفضل للعلاقة بين القانونين الدولي والداخلي. إذ لا يجوز القول بمنطقتين لنفاذ المعاهدة إحداهما على صعيد العلاقات فيما بين الدول وبعضها البعض، وأخرها على صعيد العلاقات فيما بين الدولة المتعاقدة ومواطنيها. ذلك أن هذا الفصل غير متصور كلما كان الأفراد معينين أصلاً بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم وخولتهم حق الانتفاع بها. إذ لو قيل بأن لكل دولة متعاقدة أن تفسر المعاهدة بالطريقة التي تراها، وأن تعطيها المعاني التي توافق مصالحها الضيقة،

(١) ومن أسف أن هذه الآلية لا تصل أبداً إلى حد إلزام الدول المتعاقدة بأن تعمل على ضمان حقوق الإنسان التي تكفلها المعاهدة. ولكنها -وعن طريق اللجان التي تنشئها لمراقبة تطبيق هذه الحقوق- تقدم توصياتها إلى الدول المتعاقدة التي تدخل بها، أو تباشر في أحسن الفروض ضغوطها عليها لتتصين وضعية حقوق الإنسان بها.

(٢) تأخذ بعض الدول كالسندغال وفرنسا، الأولى بمقتضى المادة ٩٨ من دستورهما الصادر في ٢٢ يناير ٢٠٠١ والثانية بمقتضى المادة ٥٥ من دستورهما، مبدأ نفاذ المعاهدة في الداخل بشرط تنفيذها من قبل الدولة الأخرى الطرف فيها.

وأن تقرر بنفسها شروط مريان المعاهدة في إنقيها، لصار انتفاع الأفراد بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم مطلقا على إرادتها، تبسط هذه الحقوق أو تقضيها وفق ظروفها الخاصة. فلا تتوالى السلطة القضائية -كلما ظل تنفيذ المعاهدة متراجعا على الصعيد الداخلي- المرجعية القانونية التي تعتمد عليها في إيصال الحقوق لأصحابها.

إذا أخير الأفراد في الدول المتعاقدة من عنوان هذه الدول على تلك الحقوق، أعزتهم الوسائل القانونية التي يردون بها هذا العدوان، فلا يحصلون على الترضية القضائية Judicial relief اللازمة لجبره. بما موداه أن الوسائل القضائية وحدها هي التي تكفل قانونا فعالة تنفيذ المعاهدة، ذلك أن المحاكم هي التي تعطى تفسيراً يوفق موضوعها وأهدافها، ويستخلص معانيها من دلالة ألفاظها في سياقها، وبما لا يخل بحسن النية في مجال تطبيق المعاهدة.

وكان منطقياً بالتالي أن تحرص الموائيق الدولية على حفز الدول أطرافها على اتخاذ كافة التدابير الملائمة التي تدخل بها هذه الموائيق حيز التنفيذ في كافة الأقاليم المشمولة بولايتها. ومن ذلك نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية الدولية التي تكفل حماية الأفراد من كافة الأعمال المضنية إلى تضييقهم أو معاملتهم بطريقة مهينة أو قسرية أو مجردة من الخصائص الإنسانية، ذلك أن هذه الفقرة تدعو الدول المعبرة أطرافاً في هذه الاتفاقية إلى أن تعمل من خلال كافة التدابير -تشريعياً وإدارياً وقضائياً- على تحقيق الأغراض التي تستهدفها المعاهدة في أقاليمها. وعلاوة بالفقرة الأولى من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، تتعهد كل من الدول المعبرة طرفاً في هذا العهد، بأن تتخذ من جانبها -سواء من خلال جهودها الذاتية أو عن طريق تعاون دولي، وفي حدود أقصى الموارد المتاحة لها- كافة التدابير التي تكفل بصورة مطردة، المباشرة الكاملة لهذه الحقوق بما في ذلك -على الأخص- للتدابير التشريعية.

وظاهر من هذه النصوص وما شابهها أنها تحرص على نقل المعاهدة الدولية من النطاق الدولي إلى النطاق الداخلي، وذلك بإلزامها الدول المتعاقدة بأن تعمل في حدود أقصى قدراتها، على اتخاذ كافة التدابير المحققة لهذا الغرض، بما في ذلك ما يكون منها من طبيعة تشريعية. والتركيز على الطبيعة التشريعية لهذه التدابير موجه بالضرورة إلى الدول التي تعلق نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي على صدور قانون خاص يمجها في نظمها الوطنية ويجعلها جزءاً من تشريعاتها الداخلية.

٥٠٥- ويتعين أن يلاحظ في هذا الشأن أمران: أولهما: أن نفاذ المعاهدة في القسطنطينية، يكفل وحدة ضوابط تطبيقها بما يتفق وموضوع المعاهدة في سياق ألفاظها، وبمراعاة الغرض المقصود منها. ثانيهما: أن الطبيعة الأممية لحقوق الإنسان تقتضي حماية دولية لها، ولأن توتيت هذه الحماية ثمارها بغير تدخل الدول لضمان تنفيذ هذه الحقوق من خلال كلفة الوسائل الداخلية التي تملكها. ذلك أن الحقوق التي لا نفاذ لها لا قيمة لها^(١) وإنما تكمن قيمة الحقوق في طبيعتها، وفي دورها، وفي الأغراض التي تعمل على تحقيقها.

ولا يجوز بالتالي للدول الأعضاء في الأسرة الدولية، أن تعطيتها مفاهيم تزيد بها من دائرة نفوذها، لتضعها مركزاً تضيقاً تطو به على مواطنيها. وإذا كانت الوثائق الدولية لحقوق الإنسان، توفر قواعد إجرائية غير قضائية لضمانها، إلا أن الحماية الأفضل لهذه الحقوق، هي التي تقدمها السلطة القضائية. ذلك أن أحكامها تتمتع بخاصية التنفيذ جبراً على من يجهلون فوئها. وتأتي المحكمة الدستورية العليا في مصر على قمة نظمها القضائية التي توفر لحقوق الأفراد وحرياتهم، أكثر ضماناتها حصاً وقوة. ذلك أن هذه المحكمة تميز في نطاق المعاهدة الدولية بين أمرين:

أولهما: مسائل تتعلق بالمعاهدة ولا يجوز الفصل قضائياً فيها، كذلك التي تتعلق بالتفاوض عليها وإبرامها والتصديق عليها والانضمام لها وإلغائها، على تقدير أن هذه المسائل جميعها تعتبر من المسائل السياسية لصلتها المباشرة بالكيفية التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

وهي علائق احتجز الدستور لها الحق في تنظيمها. بل إنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الدخول في المعاهدة معلقاً على موافقة السلطة التشريعية؛ فإن إلغائها لا يكون كذلك. وكثيراً ما توفر السلطة التشريعية بنفسها للسلطة التنفيذية الإطار الملزم لإلغاء معاهدة قائمة.

ثانيهما: مسائل تتعلق بكافة الحقوق التي تولدها المعاهدة لأطرافها - لمواطنيها من خلال دولهم - وهذه تخصصها المحكمة الدستورية العليا لرقابتها للتحقق من تطابق المعاهدة والدستور في كافة أحكامها. وتباشر المحكمة رقابتها هذه من خلال التحقق أولاً من استيفاء المعاهدة للوضائع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كذلك المنطقة بإبرامها والتصديق عليها وبشرها في الجريدة الرسمية. ذلك أن المعاهدة لا تتمتع بقوة القانون بغير استيفاء هذه الشروط الشكلية جميعها. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من الدستور.

(١) قديماً قال الخليفة العادل عمر بن الخطاب "لا تكلم بحق لا نفاد له".

ولا يجوز بالتالي تطبيق معاهدة في النطاق الداخلي لجمهورية مصر العربية إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو صدق عليها، ولكنها لم تشر بكافة تفاصيلها حتى يلم بها القاضي ويتولى تفسيرها وفق اجتهاده وفي حدود فهمه لها، غير معقد في ذلك بوجهه نظر وزارة الخارجية في شأن دلائلها، وإن جاز أن يستأنس برأيها ويؤايد ما يستحق من الاعتبار. ونظراً للمعاهدة المستوفية للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، هي أداة تقرير الحقوق التي أنشأتها.

٥٠٦- وهذه الحقوق هي التي تفصل المحكمة الدستورية العليا في اتقائها أو مخالفتها للدستور، مستحثة في ذلك بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن حقوق الأفراد التي كفلتها المعاهدة لهم بوصفهم بشراً، إما أن يكون الدستور قد نص عليها وإما أن يكون الدستور قد خلا من تنظيمها.

أ- فإذا كان لحقوقهم في المعاهدة ما يقابلها من الحقوق المنصوص عليها في الدستور -كتنظيم المعاهدة والدستور معاً حرية التعبير مثلاً- تبين الفصل في دستورية الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة وفق معايير تطبيقها في الدول الديمقراطية الأكثر تقدماً.

فإذا كانت مستوياتها في المعاهدة أقل، أو كانت القيود عليها في المعاهدة أكبر من تلك التي تأخذ بها هذه الدول وتطبقها في العمل فيما بينها، وتتخذها قاعدة لسلوكها؛ تبين إبطال المعاهدة.

ب- أما إذا كانت حقوق الأفراد الإنسانية المنصوص عليها في المعاهدة، لا مقابل لها في الدستور. تبين أن تعمل المحكمة الدستورية على إيجاد صلة بين الحقوق المقررة بالمعاهدة وتلك المنصوص عليها بالدستور. ويقع ذلك بوسيلتين:

أولاهما: أن ترد المحكمة لروح المبادئ المنصوص عليها في المعاهدة إلى أصلها المقرر بالدستور، ثم تقسمها على هذا الأصل فصلاً في دستورها.

فإذا كانت المعاهدة مثلاً تحظر إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه، أو تمنع تعذيبه، أو ناهية عن حمله بالإكراه على الإقرار بجريمة؛ فإن أحكام المعاهدة في هذا الشأن تنفرد جميعها عن الحق في الحياة. فإذا كان الحق في الحياة مكفولاً بنص للدستور، ولا مقابل

لهذه الفروع فيه، تعين تفسيرها وحملها على أصل الحق في الحياة، فلا يكون لتلك الفروع غير معانيها المنسوبة إلى هذا الأصل.

ثانيهما: وعلى نقض الفرض السابق، فإن المعاهدة، قد لا تحيط بفروع المسائل التي فصلها الدستور، ولكنها تتناول أصل الحق فيها، كأن تكفل المعاهدة للمخاطبين بها، الحق في حماية خواص حياتهم حتى لا ينتهكها أحد.

فإذا كان الدستور ينظم هذه الفروع، ولا يعرض لأصل الحق فيها، كما لو كفل الدستور فقط حرمة الوسائل البريكية والبرقية والهاتفية، أو منع تفتيش الأشخاص أو أمحتهم أو أماكن أقامتهم بغير إذن قضائي، وجمعها فروع لأصل الحق في الحياة الخاصة الذي لم يعرض له الدستور^(١)؛ فإن فروع المسائل المنصوص عليها في الدستور، ترد إلى أصولها في الموائيق الدولية، وإلى صور تطبيق هذه الأصول في الدول النيموقراطية الأكثر تقدماً، لتتحدد على ضوء مذاهبها في العمل، والضوابط التي ألزمتها في سلوكها؛ دستورية أحكام المعاهدة.

٢. يبقى بعد هذا فرض أخير، هو أن يتمتع ربط حقوق الأفراد المنصوص عليها في المعاهدة -سواء في أصولها أو فروعها- بالحقوق المنصوص عليها في الدستور، كما لو كانت المعاهدة تعطى المرأة الحق للكمال في إجهاض نفسها خلال فترة حملها، ولها كلن زمن الحمل، بل ولو لم تكن حماية صحتها تقتضيه.

وفي هذه الحالة تتحدد دستورية النص الولود في المعاهدة، على ضوء مبدأ خضوع الدولة للقانون.

ويفترض هذا المبدأ خضوع الدولة بكافة تنظيماتها لقاعدة قانونية تسمو عليها وتقيدها، لا لأنها هي التي صنعتها، وإنما لأن القيم العليا تقتضيها، حتى لا تكون السلطة امتيازاً لأحد يباشرها بالطريقة التي يراها؛ وبمراعاة أن مبدأ خضوع الدولة للقانون، مبدأ شديد الاتباع، يلزمها بأن تعمل وفق ما يراه الناس في مجموعهم حقاً وعدلاً. فلا يكون العقل الجمعي غير إبطار لتحديد مفهوم مبدأ الخضوع للقانون.

(١) كذلك قد لا ينص الدستور على ضمان حرية التعبير التي كفلتها المعاهدة. وإنما يكفئ بحظر مصادرة المصحف والمجلات على اختلالها ومنع مصادرتها بالطريق الإداري فإن هذا الحظر والمصع يكونان من فروع حرية التعبير التي خلا الدستور من النص عليها ولكن المعاهدة كفلتها.

المبحث الثالث

ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٥٠٧- وقضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على تطبيق المفاهيم الآتية في شأن الفصل في دستورية المعاهدة.

أولاً: أن حق التقاضي مكفول لكل فرد وطنياً كان أم أجنبياً. وهو حق لا يقتصر على النفاذ إلى محكمة أيا كان تشكيلها أو ضباطها، وإنما إلى محكمة تكون هي للقاضي الطبيعي للنزاع المعروض عليها.

ثانياً: أن الحقوق التي اكتسبها غير المواطنين في الدولة -على ضوء نظمها- يجوز لهم حمايتها بكافة الوسائل التي أتاحها الدستور للمواطنين، وأهمها النفاذ إلى محكمة مسئلة محابذة بنشئها القانون، وأن تكون القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها أمامها كافية لضمان محاكمة منصبة في كافة المراحل التي يستغرقها الفصل في النزاع.

ثالثاً: لا يجوز تجزئة أحكام المعاهدة بما يفصل بعض أحكامها عن بعض، ويخل بتكاملها، (لا بشرطين:

أولهما: ألا تتضمن المعاهدة من النصوص ما يدل على أن الدول المتعاقدة، نصبت إلى تطبيق المعاهدة في كامل أحكامها بوصفها كلاً غير منقسم.

ثانيهما: إذا لم يكن تطبيق الأجزاء المنفكية من المعاهدة -بعد فصل بعض أجزائها عنها إذا قام الدليل على جواز هذا الفصل- مجافياً للحالة.

رابعاً: أن الفصل في دستورية المعاهدة لا يجوز أن يستبعد بصفة مطلقة، كافة العوامل السياسية التي تحيط بها. ذلك أن هذه العوامل تؤثر في الملتقى المباشرة وغير المباشرة فيما بين الدول بعضها البعض. ويتعين أن توليها المحكمة الدستورية العليا اعتباراً، فلا تصد أذلالها أو تغض بصرها عنها.

خامساً: أن كل تسوية ودية تكفلها معاهدة دولية للتعويض عن أعمال ألتها دولة متعاقدة في مواجهة مواطني دولة أخرى متعاقدة، يتعين النظر في دستورتها على ضوء عدالتها وإمكان

تنفيذها جبرا. وكلما كان التعويض المقرر بالمعاهدة، عن نزاع ملكيتهم، أو تأميم بعض أموالهم، أو مصادرتها أو فرض الحراسة عليها، غير عادل؛ تعين إبطال المعاهدة في أحكامها المتعلقة بمقدار التعويض الممنوح لهم. ذلك أن المستوى يكفل حرمة الملكية الخاصة، ويمنع نزاعها بغير تعويض عادل، ولا يجيز كذلك تأميم مشروع خاص بغير تعويض لا يكون متحيفا، وإن لم يكن بالضرورة كاملا.

سابعاً: أن انضمام مصر إلى معاهدة دولية قائمة، يأخذ حكم التصديق عليها. ذلك أن التصديق على المعاهدة إجراء يفيد إرادة الدولة للتقيد بها. وهو يقتزن غالباً بتبادل إيداع وثائق التصديق في الجهة التي عينتها المعاهدة؛ ليقيد هذا الإيداع الدولتين اللتين تبادلناه في مواجهة بعضهما البعض.

وبذلك يغير التصديق على المعاهدة، الانضمام إليها. ذلك أن الانضمام إلى المعاهدة^(١) إجراء تقبل الدولة بمقتضاه أن تكون طرفاً في معاهدة وقعتها فعلاً دول أخرى، ولو لم تكن المعاهدة قد دخلت بعد مرحلة التنفيذ. بما مؤداه، أن لانضمام مصر إلى معاهدة قائمة، واستكمال هذه المعاهدة لشروط تنفيذها^(٢)، يتقدها بها بشرط نشرها في الجريدة الرسمية. شأن المعاهدة التي تصدق مصر عليها، شأن المعاهدة التي تنضم إليها في نقل أحكامها إلى القانون الداخلي بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية.

سابعاً: أن قائمة الحقوق المنصوص عليها في الدستور، غير منحصرة في الحقوق التي نص الدستور عليها صراحة La liste close. ولكنها تمتد طويلاً وعرضاً لتتحوّل إلى قائمة مفتوحة La liste ouverte من خلال اجتهاد المحكمة الدستورية العليا التي تطور من مضامين الحقوق المقررة في الدستور، وتزيد عليها حقوقاً أخرى لا نص عليها فيه، كالحق في التنمية. وهي تربط الحقوق الجديدة التي تضيفها إلى الدستور، بالحقوق القائمة فيه حتى لا يقال بأنها انتعبد كتابة الدستور Rewriting the Constitution. ويتحقق هذا الربط من خلال علاقة منطقية تقيّمها

(١) انظر في ذلك لعضاء المحكمة القائمة للمعدل الدولي في عام ١٩٦٩ في شأن The Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Qder., Ser. A, No. 23, P.20

(٢) تنص هذه الشروط على ألا تكفل المعاهدة مرحلة التنفيذ إلا بعد التوقيع أو التصديق عليها من عدد محدد من

الدول تنجّه المعاهدة 150 - 148 PP, Oxford 1961, The Law of Treaties. Lord McNair.

بين الحقوق الجديدة والحقوق القديمة. ومن ذلك اجتهدا بأن الحق في التنمية، يرتبط بالحق في الحياة، وبالحق في العمل وفي ضمان الوسائل الملائمة للعيش.

ثامنا: فيما عدا المعاهدات الدولية التي تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية، على وجوب موافقة السلطة التشريعية عليها قبل تبادل وثائق التصديق في شأنها سوى كل معاهدة يكون موضوعها صلحا، أو تحالفا، أو تبادل تجاريا، أو شأنا من شئون الملاحة، أو تحديدا في إقليم للدولة، أو تقييدا لحقوق السيادة، أو تحميلا لخزائنه للدولة بنفقة غير واردة في الميزانية—فإن نفاذ غيرها من المعاهدات الدولية يتحقق بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، على أن يقدم رئيس الجمهورية في شأنها بيانا مناسباً إلى مجلس الشعب، وهو ما يفترض ألا يكون هذا البيان مفصلاً لأحكامها.

وسواء تعلق الأمر بهذا النوع أو ذلك من المعاهدات الدولية، فإن انتماجها في القانون الداخلي يتحقق بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية مع خضوعها في مجال الرقابة الدستورية عليها للضوابط التي أسلفنا بيانها.

ولئن كان الدستور في مصر لم يشر إلى الانضمام إلى المعاهدة كوسيلة للتقيد بأحكامها في المجال الدولي، إلا أن لهذا الانضمام أثر التصديق تماما بلا زيادة أو نقصان. بما موداه أن لانضمام مصر إلى معاهدة دولية ونشر أحكامها في الجريدة الرسمية؛ يمجها في القوانين الداخلية، ويجعلها جزءاً منها لتحل إليها المحاكم في كل نزاع يتطرق بتطبيق هذه المعاهدة.

ثامنا: أن حقوق الإنسان تتخطى الحدود الوطنية. وخاصيتها هذه تجعلها من طبيعة عالمية. فإذا حوتها معاهدة، فإن التراخي في التصديق عليها أو في نشرها، يعبر موقفاً سلبياً من السلطة التنفيذية، وتخلياً عن اتخاذ إجراء كان يجب عليها اتخاذه وفقاً للدستور والقانون. بما يمسوق حصول الأفراد على الحقوق التي يتلقونها من المعاهدة. وهو ما يثير مسئوليتها الدولية، ويحركه الآلية التي تكفلها المعاهدة لاقتضاء الحقوق المنصوص عليها فيها.

عاشرا: أن الأفراد وإن كانوا لا يستطيعون قضاء إزام السلطة التنفيذية بالتصديق على معاهدة دولية، أو بالانضمام إلى معاهدة قائمة، أو حملها على نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية بعد التصديق عليها أو الانضمام لها؛ إلا أن كل معاهدة تدخل مصر فيها قد تقتضى حتى بعد

التصديق عليها أو الانضمام لها ثم نشرها في الجريدة الرسمية - تدخل تشريعيا. ويتحقق ذلك في كل معاهدة لا تكون نافذة بذاتها Non Self- executing Treaties.

وتعتبر المعاهدة كذلك إذا كانت تحيل إلى القانون لتنظيم الحقوق المقررة بها. إذ يعتبر تدخل المشرع عندئذ لازما لإعطاء هذه الحقوق فاعليتها. فإن لم يتدخل المشرع على هذا النحو، كان ذلك موقفا ملبيا من المشرع مخالفا للدستور. ذلك أن الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها، لا تقتصر على تلك التي يقرها المشرع، ولكنها تشمل كذلك صور الامتناع عن تنظيم الحقوق بما يكفل فعاليتها، فلا يكون تخلى المشرع عن تنظيم الحقوق التي كفلتها المعاهدة للمواطنين، إلا إغفالا من جهته بتأخير الدستور^(١).

(١) Benedetto Conforti and Francesco Francioni, Enforcing International Human Rights in Domestic Courts. International Studies in Human Rights vol.49, Martinus Nijhoff Publishers (1977).

الفصل السابع والخمسون

حدود سمو الدستور

Les Limites à La Suprematie De La Constitution

٥٠٨- يتميز الدستور بخصائص قد تتلخص فيما بينها، فهو من ناحية يتبنا ضمان تأسيس السلطة، واستقرار القواعد التي تعمل على ضوئها؛ وهو من ناحية ثانية لا يكتل للقواعد التي تعمل السلطة في نطاقها، ثباتاً يؤيدها. إذ يجهز تعديلها بالشروط المنصوص عليها فيه بما يغل بعبادة الدستور. كذلك فإن سمو الدستور يفشل حين تفقد السلطة أساس مشروعيتها، فلا يكون الانقلاب على الدستور، غير ضرورة حتمية. ولعرض لذلك في محثن على التوالي.

المبحث الأول

تعديل الدستور

٥٠٩- يفترض تعديل الدستور إمكان تغيير بعض أحكامه أو تصحيحها سواء من خلال حذفها أو الإضافة إليها أو تعديلها. ويتعين لإجراء هذا التعديل، أن يحد الدستور بصورة قاطعة الجهة التي إختصها بتعديل بعض أحكامه، وكذلك الشروط الإجرائية الخاصة التي يتم التعديل في نطاقها. ويحرم الدستور على أن يبين في أن ولحد الجهة التي يكلفها بتعديل الدستور، وكذلك حدود ولايتها. ويتم التعديل بوسائل متعددة، ليس من بينها بعض صوره التي تعتبر في حقيقتها تدليسا على الدستور *De véritable fraude à la constitution*.

وتظهر ضرورة تعديل الدستور من زاويتين قانونية وسياسية. ذلك أن الامتياز تصدر عادة في إطار أوضاع سياسية واجتماعية قائمة عد العمل بها.

بيد أن هذه الأوضاع تقبل التطور بطبيعتها، وبالضرورة. إذ لا يتصور استقرارها على حال واحدة لا تعديل فيها. ومن الناحية القانونية فإن الدستور إذا كان مرناً جاز تعديله وفق القواعد ذاتها التي تتولي بها السلطة التشريعية تعديل قوانينها.

وفي هذا الغرض، لا تتحقق العبادة للدستور فوق القانون، إذ هما نظيران في مرتبتهما. فإذا كان الدستور جامداً، فإن القول بتأييد أحكامه يناقض العبادة الشعبية التي لا يتصور أن تقسط

بنفسها حقها في تعديل الدستور، وإلا كان لجبل من المواطنين أن يقيد بقوانينه أجيالا لاحقة، وهو ما لا يتصور^(١).

علي أن حق الجماهير في تعديل الدستور، لا يطي تمتعها في إجراءاته بحرية كاملة في العمل، ولا إطلاق يدها في التعديل بما يخل بالاستقرار المرجو لعملية تأسيس السلطة وبيان حدود ولايتها.

ذلك أن الجهة التي اختصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، لا تباشر إلا ولاية اشتقتها من السلطة الأصلية التي كان لها فضل إقرار الدستور في الصيغة التي صدر بها أصلا Pouvoir Constitué Originaire. وعليها بالتالي أن تتقيد بالشروط التي فرضتها السلطة الأصلية عليها. وهذه القيود -التي لا تخطر الدساتير في مجموعها منها- من نوعين، وذلك بالنظر إلى تعلقها بزمان وموضوع التعديل.

المطلب الأول

القيود المتعلقة بزمان ونوع التعديل

٥١٠- تتوخي القيود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، تأخير اللحظة التي يتم فيها إجراء التعديل. ذلك أن من غير المتصور أن يتم التعديل قبل أن تتوافر للسلطات التي أحدثها الدستور فرص مباشرة المهام التي ألقاها عليها، ولا أن يقع التعديل في كل مناسبة تطرأ فيها أحداث جسام ليا كان قدر حداثتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تحيط بعض القيود بزمان تعديل الدستور. وهي قيود من نوعين: أولهما: حظر تعديل كافة نصوص الدستور أو بعضها قبل انقضاء فترة زمنية يحددها الدستور.

(١) يأخذ هذه الحقيقة الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٩٣ بقوله: للشعب دائما الحق في أن يعبث بالنظر في الدستور، ولي أن يغيره، وأن يطرده. ذلك أن جبلا من الناس. لا يجوز أن يقيد بتشريعاته أجيالا لاحقة.

وخطر هذا النوع من القيود يتمثل لما يؤول إليه من تجميد الدستور قبل انقضاء تلك الفترة، وإسواء قام مسوغ يقتضي تعديل الدستور^(١).

تاليهما: أن تفصل بين اللحظة التي ينحد فيها الحزم على تعديل الدستور، واللحظة التي يتم فيها بالفعل؛ فترة زمنية طويلة تكون كافية لتكبر أمر التعديل، والنظر فيه من كافة جوانبه.

ونكل الخبرة العملية وحقائق التاريخ، عن أن ما تنص عليه بعض الدساتير من عدم جواز تعديلها قبل فترة زمنية معينة، كان مصادما لحقائق التطور ومقتضياتها، ولم تفلح مثل هذه النصوص في منع تعديل الدستور قبل انقضاء الفترة التي ضمنتها.

ومن أمثلة النوع الأول من القيود، تلك التي تنص عليها المادة ٥ من الدستور الأمريكي التي تنظر لإجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨، إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى. كذلك لم يجز الدستور البرنسمالي الصادر في ٢ أبريل ١٩٧٦ تعديل أحكامه قبل انقضاء الخمس سنين الأولى على العمل به.

ومثال النوع الثاني من القيود ما تنص عليه المادة ١٨٩ من دستور مصر من أن تتكافئ السلطة التشريعية مبدأ تعديل الدستور وتصدر قرارها في شأنه بأغلبية أعضائها. فإذا كان قرارها برفض طلب تعديل الدستور، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. فإذا كان قرار السلطة التشريعية بالموافقة على مبدأ التعديل، فلا يجوز أن تتكافئ المبادء المطلوب تعديلها، قبل شهرين من تاريخ هذه الموافقة.

(١) تنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي على أن الكونجرس وبموافقة أغلبية ثلثي كل من مجلسيه - أن يقترح تعديل الدستور. ويجوز كذلك تعديل الدستور بناء على طلب من ثلثي المجالس التشريعية للولايات. وفي هذه الحالة يدعو الكونجرس إلى عقد مؤتمر لاقتراح التعديل. ويعتبر التعديل قد أقر ومضى جزءاً من الدستور - في أي من هاتين الحالتين - إذا ائتمنته ثلاثة أرباع المجالس التشريعية في الولايات، أو من خلال مؤتمرات تدعى في الولايات وتقر التعديل بالأغلبية ذاتها، ويشترط ألا يتم إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨ إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى.

المطلب الثانيالقنود المتعلقة بموضوع التعديل

٥١١- وأيا كان شأن القنود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، فإن استقراء الدساتير المعاصرة يدل على زوالها بصورة مطردة لأمرين:

أولهما: أن هذه القنود لم تحقق الأغراض المقصودة منها، بل كان لها نتائج سلبية على تطوير الدستور ليصمد للأوضاع المتغيرة في الجماعة.

ثانيهما: أن إيلاء الاعتبار للدستور للواقع، لا يتحقق بالضرورة من خلال العواجز الدستورية، خاصة بعد أن دل العمل بين الدول، على أن القنود التي تحظر تعديل مواد بذاتها في الدستور، هي التي لا تزال باقية. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ من حظر إجراء أي تعديل في الدستور يخل بتكامل الإقليم أو بالشكل الجمهوري للحكومة^(١). ومن حظر دستور مصر لعام ١٩٢٣، تعديل نظام توارث العرش.

كذلك تنص الفقرة ٣ من المادة ٧٩ من الدستور الألماني على حظر كل تعديل لهذا الدستور يخل بالتقسيم الغيرالي للدولة أو يؤثر في إسهام مقاطعاتها في العملية التشريعية، أو ينال من الحقوق المنصوص عليها في المواد من ١ إلى ٢٠ من الدستور.

ويدور حظر تعديل بعض مواد الدستور -وفي الأعم من الأحوال- حول ضمان بقاء شكل الدولة والطبيعة السياسية لنظامها. ويتوخى هذا الحظر صون روح الدستور من خلال الإبقاء على بعض موادها عسبة على التعديل، إلا أن الفقهاء كثيراً ما يشككون في قيمة هذه المواد، ويرونها مناقضة لحقيقة أن نصوص الدستور تتكاثراً فيما بينها، وأن تقرير مراكز فضلى لبعضها على بعض، يناقض هذه الحقيقة.

(١) أضيف حظر تغيير شكل الحكومة للجمهورى بمقتضى التعديل الدستوري الصادر في فرنسا، في ١٨٨٤/٨/١٤، إلى المادة ٨ من القانون الدستوري المعمول به في ١٨٧٥/٢/٢٥. وردت هذا الحظر بعد ذلك المادة ٩٥ من دستور ١٩٤٦ ثم تلها المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨. ويوجد هذا الحظر كذلك في المادة (١١٠) من الدستور البولني الصادر في ١١ يونيو ١٩٧٥.

المطلب الثالث

التكليس على الدستور

La fraude à la Constitution

٥١٢- ويظل ثابتاً أن تعديل الدستور لا يجوز أن يتناول غير بعض مواده. ذلك أن تعديل الدستور غير الانقضاض على أحكامه جميعها وإبدالها بغيرها. وإنما يتعلق التعديل بمواد بنواحيها لم تعد موافقة لمعناها. ولا كذلك إبدال الدستور للقائم بغيره إذ تتولاها الجماهير مباشرة بنفسها، ولا تتولاها جهة أولاً للدستور اختصاص تعديل بعض أحكامه.

ولا يجوز القول بالتالي بأن كل تعديل للدستور يتناول مواده كلها أو أغلبها، يعتبر صحيحاً بشرط التقيد بالقواعد الإجرائية التي اشترطها الدستور لإجراء التعديل.

ذلك أن الحق في تعديل الدستور يفترض أن يحد في نقاط فيه يميزها قام الدليل على مخالفتها لروح العصر.

وكما أن تعديل القانون غير إنهاء وجوده، فإن تعديل الدستور غير إلغاء كافة أحكامه. كذلك فإن القول بجواز أن يشمل تعديل الدستور أحكامه جميعها، يفترض أن الدستور في كل أجزائه صار عقماً ولذا بغير شمار. وهو تصور لا يتعلق بدستور صار معها في بعض جوانبه، وإنما بدستور صار سبباً بكل مشكلاته. وليس ذلك تعديلاً للدستور. ويؤيد هذا النظر أن التعديل الكامل للدستور لا يتوخى في حقيقة الأمر؛ أو على الأقل في الأعم من الأحوال، غير إبدال النظم السياسية القائمة بنظم مختلفة عنها محل مطها وتقوم على انقضائها. وليس ذلك غير انحراف من الجهة التي اختصاصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، عن حدود الولاية التي منحها إياها، ومجاوزتها بالتالي الأغراض التي يفترض أن تعمل على تحقيقها، والتي تتمثل في مقابلة بعض نصوص الدستور بالأوضاع الجديدة القائمة في الجماعة، وتقومها بما يكفل تعاضدها مع هذه الأوضاع.

وليس تحول الجهة التي اختصاصها الدستور بالتعديل، عن غرضها الأصلي في موافقة بعض أحكامه مع حقائق جديدة تلفظ الأوضاع القديمة، غير تكليس على الدستور La Fraude à la constitution.

كذلك فإن تطل هذه الجهة من القيود الإجرائية التي فرضها الدستور عليها في مجال تعديل الدستور، يمثل انقلاباً من جهتها على سند ولايتها.

المبحث الثاني

الثورة على الدستور وللثورة على الثورة

٥١٣- لا تعتبر الثورة انقلاباً على الدستور ما لم تحدث تغييراً شاملاً ونهائياً في الأوضاع القائمة، وهي تلغى الدستور القائم إلغاءً واقعياً De facto ولو لم يصدر عنها إعلان بذلك. بل إنها تنقض على كافة الأنظم السابقة عليها بوصفها نظاماً تنالض للثورة في أهدافها وتوجهاتها. فلا تكون أمام منظومة دستورية أو قانونية تصدر الثورة عنها، وتعمل في ظلها. وإنما تكون الثورة نتاج القوة وحدها وثمرتها عواصفها. وبظل بالإمكان دائماً أن تعمل الثورة في إطار القانون من خلال النظم القانونية التي تلتفتها.

ويتعين في هذا المقام التمييز بين ثورة تنالض الحرية ومفاهيم القانون، فلا يكون لها من وجود في إطار الشرعية الدستورية كالثورة الماركسية؛ وبين ثورة تعاليش الأمال الوطنية وتعمل من أجل تحرير الجماهير من الاستغلال لضمان اتفاق جديدة للحرية. وتكتسى هذه الثورة بالشرعية الدستورية من خلال صونها حقوق المواطنين وحياتهم، وضمان رخائهم للعام.

ومن ثم تعتبر الثورة انقلاباً على أحكام الدستور جمعها، فلا تبقى شيئاً منها. ولا يقوم الثوار بها كجزاء يردع السلطة القائمة عن انحرافها، أو بقصد تقويم أخطائها وردّها إلى صوابها؛ وإنما تتوخى الثورة نقض الأوضاع القائمة، وإبدالها بنظم جديدة تصور مفهومها للتغيير. ولعلها تكون النظم الجديدة مدنية بطبيعتها.

لذا لم توفق الثورة أوضاعها مع المفاهيم والقيم الدستورية، وظل نشاطها ومناهجها في العمل تعبيراً عن توحشها من خلال السلطة التي تمتد بها، وينقضها ما تولعه المواطنون منها؛ لمن طاعتها لا تكون ولجبا عليهم، وإنما يكون لجمعهم الحق في عصيانها والتمرد عليها Le droit de resistance à l'oppression لضمان حقوقهم التي تكفلها النظم الديمقراطية. وتلك هي الثورة على الثورة^(١).

(١) انظر في ذلك مؤلف أربعة من الفقهاء الفرنسيين:

Charles Debbasch; Jean – Marie Ponthier; Jacques Bourdon; Jean Claude Ricci.
Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, pp. 90-96.

الفصل الثامن والعشرون

الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملة للدستور

٥١٤- لم تشر الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١ إلى القوانين المكملة للدستور. ولكن دستور ١٩٧١ نص عليها في المادة ١٩٥، وجعل واجب أخذ رأي مجلس الشورى في شأن هذه القوانين شكلية جديدة أضافها إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في القوانين بوجه عام، والتي يجب استيفؤها، وإلا لهدم وجود القانون الذي أمهلها لتخلف خصائص القواعد القانونية فيه منذ ميلاده.

المبحث الأول

الشكلية الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور

٥١٥- تتعلق الشكلية في النصوص القانونية أصلاً باقتراحها أو بقرارها أو بإصدارها أثناء انعقاد السلطة التشريعية. وكذلك باختصاص رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو في حال غيابها، وفقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور.

٥١٦- والشكلية في كل صورها وتطبيقاتها، شرط لوجود النصوص القانونية. فإن لم تستوفها هذه النصوص، زال كيانها القانوني، ولم يعد لها بالتالي خصائص القواعد القانونية المجردة التي يجوز تطبيقها، وإنما تعامل كأوراق جفت منها دماء الحياة فلا قيمة لها. ولا يجوز بحكم تنفيذها، ولو كان مضمونها يوافق الدستور من كل الوجوه. ذلك أن افتقار النصوص القانونية إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيها - بما في ذلك الشكلية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور - يعدمها منذ إقرارها. والعدم لا تدرج فيه. وهو نقض الوجود.

٥١٧- ولم تكن الشكلية الإضافية التي يتطلبها الدستور في القوانين المكملة للدستور - والتي تتمثل في وجوب عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيها قبل أن يناقشها مجلس الشعب - مجرد إبلاء عقيم من الدستور. ذلك أن هذه القوانين لا تتعلق بغير المسائل التي يحيل الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده، أو وفق الأوضاع التي بينها، بشرط أن تكون هذه المسائل ذاتها - في طبيعتها وخصائصها - من نوع المسائل التي تدرجها الدساتير عادة في صلبها، وتكليفها في عموم تطبيقاتها.

٥١٨- وهذان الشرطان اللذان يحيلان في تحديد مفهوم القوانين المكملة للدستور، إلى مسائل لها من أهميتها ما جعل الدستور يقتضى تنظيمها بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي ينص عليها - وهذا هو المعيار الشكلي في القوانين المكملة للدستور - ولها كذلك من طبيعتها ما يجعل المسائل التي تنظمها هذه القوانين، وثيقة الاتصال بقواعد الدستور لتكملها - وهذا المعيار الموضوعي في القوانين المكملة للدستور - هذان الشرطان هما من خلق المحكمة الدستورية العليا، وساقها إليهما اجتهداها للخاص، بالرغم من غموض عبارة "القوانين المكملة للدستور"، وخطو الأعمال التحضيرية للدستور مما يحدد معناها. بيد أن هذا الغموض وذلك الخلو، لم يقدها عن أن تقرر بحكمها الصادر في ١٥/٥/١٩٩٣ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" الحقائق الآتية بيانها:

أولاً: أن نص المادة ١٩٥ من الدستور مؤداه أن يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوباً في المسائل التي حددتها هذه المادة حصراً - والتي يدرج تحتها كل مشروع قانون مكمل للدستور - بالنظر إلى أهميتها، ولأن ما يجمعها هو حيوية المصالح المرتبطة بها. وهي مصالح يتعين وزنها على ضوء نظرة تحليلية تحيط بها، فلا يكون النظر فيها قائماً على اندفاع التعجل، ولا مشوباً بقصور في الرؤية الشاملة لأبعادها. وهما عيان يفترضان انتفاءهما في مجلس الشورى الأكثر خبرة وأحد بصراً من مجلس الشعب، والأكثر كذلك على أن ينبيه إلى الآثار الواقعية والقانونية التي تحيط بكل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، فلا يفرد مجلس الشعب بالحكم عليها، وإنما يكون تغييرهما عملاً مشتركاً بين هذين المجلسين^(١).

ثانياً: أن عرض كل مشروع قانون مكمل للدستور على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه، شكلية جوهرية لا مناص منها، ولا يجوز بالتالي إهمالها. فإذا أقر مجلس الشعب قانوناً قبل استيفاء هذه الشكلية، بطل هذا القانون منذ إقراره، بعد أن لم يعد وعاء لقواعد قانونية اكتمل تكوينها^(٢).

(١) لا يتخذ مجلس الشورى، برأى هذا المجلس في المسائل المنصوص عليها في المادة ١٩٥ من الدستور. وإنما يجوز أن يطرحها، وأن يقر على خلافها شأن آراء مجلس الشورى في تلك شأن كل الآراء الاستشارية التي لا إلزام فيها.

(٢) من المفترض أن ينظر مجلس الشورى برأيه في كل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، قبل أن يناقشه مجلس الشعب. ومن ثم يكون إيداء الرأي سابقاً على هذه المناقشة فلا يعاصرها أو يأتي بعدها.

ثالثاً: أن تحديد مفهوم القوانين المكمل لل دستور، يبين لكل من مجلسي الشعب والشورى حدود الولاية التي يختص بها وفقاً للدستور، فلا تتدخل الولاياتان أو تتبهم الفصول بينهما.

رابعاً: أن عبارة "القوانين المكمل لل دستور" تحمل في أعطافها عناصر تحديدها من خلال شرطين يتعين اجتماعهما معاً، حتى يصبح اعتبار قانون مكمل للدستور.

أولهما: أن يكون الدستور قد نص ابتداءً في موضوع حده، على أن يكون تنظيمه بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها، فإن هو فعل، دل ذلك على درجة الأهمية التي بلغها هذا الموضوع.

ثانيهما: أن لل شرط الأول وإن كان مطلوباً وجوباً للفصل في كل نزاع يتعلق بما إذا كان القانون يعد أو لا يعتبر مكملًا للدستور؛ إلا أن هذا لل شرط ليس كافياً. بل يتعين لاعتبار القانون كذلك، إضافة لل شرط آخر إلى الشرط الأول مؤداه أن تكون المسائل التي أحال الدستور لى تنظيمها إلى قانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها، لها كذلك من طبيعتها ما يلحقها بالقواعد التي تحتضنها الدساتير عادة في صلبها، فلا تتألفها^(١).

٥١٩- تلك هي القوانين المكمل لل دستور التي لا تعتبر كذلك إلا باجماع الشرطين المتقدم بينهما فيها، والقائمين على مزوجة بين عناصر شكلية وموضوعية. فلا يكون للقانون مكملًا للدستور بواحد منهما دون الآخر.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٢٩٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من بين القواعد الكلية التي تتضمنها الوثائق الدستورية - على ما جاء بالحكم السابق - موضوع استقلال السلطة القضائية. ولا كذلك القانون الذي يصدر طبقاً لنص المادة ١٤٥ من الدستور التي حدد بها أحوال الفصل بغير الطريق النيابي؛ ولا القانون الصادر في شأن الحقو الشامل إحصالاً لنص المادة ١٤٩ من الدستور، أو القانون الصادر في شأن اللجنة العمة وفقاً لنص المادة ١٨١ من الدستور. وهذه الأمثلة جميعها، ضريرتها المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق.

وقد رددت المحكمة الدستورية العليا هذين المعيارين المتطلبين في القوانين المكمل لل دستور، وذلك بحكمها الصادر في ٣ يونيو ٢٠٠٠ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٧٠ - المنشور في ص ٥٨٢ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

وفيما عدا الشكالية الإضافية التي تتطلبها المادة ١٩٥ من الدستور في القوانين المكملّة للدستور، فإن هذه القوانين تأخذ في كل أحوالها حكم القوانين التي يقرها البرلمان، لتكون لها قوتها. ومن ثم تساويها في مرتبتها، فلا تدخل في منطقة وسطى بين القانون في عموم معناه، وبين الدستور. وشأن هذه الشكالية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور شأن كل شكالية غيرها -لما كان موقعها- بتطلبها الدستور في النصوص القانونية، ذلك أن وجود هذه النصوص ينهار بتخلفها. ولا يجوز بالتالي في مجال تطبيق كافة الأتكال التي فرضها الدستور، التمييز بين شكالية ثانوية يجوز إسمائها، وبين شكالية حتمية يكون طلبها لازما لا مندوبا. ذلك أن الشكالية في الدستور واحدة في أهميتها وفي درجتها. ومن شأنها بطلان كل قانون يتجاهلها بأثر يلحقها منذ اللحظة التي أقرها البرلمان فيها.

المبحث الثاني

التمييز بين القوانين المكملة للدستور والقوانين العضوية

٥٢٠- والذين من قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم البيان:

أولاً: أن مفهوم القوانين المكملة للدستور، لا يطبق دائرة المسائل التي ينظمها القانون بوجه عام، وإلا كان على الدستور أن يربط الشكالية الإضافية المنصوص عليها في المادة ١٩٥، بكل قانون يقره البرلمان، ولو لم يكن مكملًا للدستور. وهو ما ينافي نص هذه المادة في عبارتها وفحواها.

ثانياً: أن القوانين المكملة للدستور في مصر، لا تقابل القوانين العضوية Les lois organiques في فرنسا. ولكلها معنيان مختلفان من كل الوجوه. ذلك أن القوانين العضوية في فرنسا لا تعتبر كذلك بناء على خصائص تتوفر فيها مثلما هو الأمر في القوانين المكملة للدستور في مصر، وإنما لأن وصفها على هذا النحو مصدره الدستور الفرنسي. ولو لم يكن هذا الدستور قد أطلق عليها هذا الوصف، لتعدت تمييزها عن غيرها من القوانين^(١).

ثالثاً: أن القوانين العضوية ليس لها قوة القوانين العادية Les lois ordinaires ولكلها تطورها. وتظل القوانين العضوية دائماً دون الدستور في مرتبتها لتقع في منزلة وسطى بين الدستور والقوانين العادية

Un rang intermédiaire entre celui de la Constitution et de la loi ordinaire.

(١) لم يكن الدستور الفرنسي لعام ١٩٨٥، هو أول دستور فرنسي يرد عبارة "القوانين العضوية" وإنما نص عليها لأول مرة - دستوراً لعام ١٨٤٨ في المادة ١١٥ منه. واعترف بها كذلك دستور الجمهورية الثالثة. ثم نص عليها دستور ١٩٤٦ في الفقرة الأولى من المادة ١٦٥ منه، وكذلك في مواد ٢/٦٦، ١/٨٩. ولكن دستور ١٩٥٨ هو الذي حدد مفهوم القوانين العضوية les lois organiques بمسورة أدق، وأعطاهما مكانتها المتميزة.

رابعاً: لا يجوز لغير القوانين العضوية، أن تنظم المسائل التي اختصها الدستور بها وقصرها عليها. فإذا صدر بها قانون عادي، بطل هذا القانون^(١).

خامساً: لا يجوز إصدار القوانين العضوية -وعلا بنص المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨- إذ قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفتها للدستور.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après une déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

وهو ما تؤكد كذلك المادة ١/٦١ من هذا الدستور التي تقضي بأن للقوانين العضوية قيل إصدارها وكذلك للوائح البرلمانية قيل تطبيقها، يجب عرضها على المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في انقالتها أو اختلالها مع الدستور.

Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements parlementaires avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la constitution.

سادساً: إن الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي على القوانين العضوية وإن كانت رقابة وجوبية، إلا أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يحركها. فلا يكون إجراؤها ولها بقوة القانون أو بصفة آلية Automatique. ولا يطي ذلك أن رئيس مجلس الوزراء بالخيار بين عرض القوانين العضوية أو عدم عرضها على المجلس الدستوري. ذلك أن إعمال عرضها مؤده أن لا تصدر على الإطلاق. وهو ما يجعل عرض هذه القوانين على ذلك المجلس جزءاً من عناصر نظامها القانوني^(٢).

(١) ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي يفرق بين فرضين: بين قانون عادي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز لقانون عضوي. وفي هذه الحالة يبطل المجلس الدستوري هذا القانون؛ وبين قانون عضوي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز للقانون العادي. وفي هذه الحالة يكتب المجلس بإعادة ترتيب نصوص القانون العضوي، ليخرج من مجال تطبيق هذا القانون، النصوص التي يدخل تطبيقها في منطقة القانون العادي.

C.C. 86- C.C. 86- 217. D.C. , 18, Sep. 1986, p. 141.

(٢) مؤدى ذلك أنه حتى لو لم تحتم القوانين العضوية في صلبها عرضها على المجلس الدستوري (لا أن حرية رئيس مجلس الوزراء في عرضها أو التخلي عن تقديمها إلى المجلس الدستوري الفرنسي هي حرية نظرية صرفة).

خامساً: وعلى المجلس الدستوري عند الفصل في دستورية القوانين العضوية التي تعرض عليه، أن يتحقق من أن هذه القوانين أعدت وفق القواعد الإجرائية الخاصة بها، وأن يستوفى كذلك من أن المسائل التي يتناولها مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، مما يجوز تنظيمها بقوانين عضوية^(١)؛ وأن يستظهر فضلاً عما تقدم أن مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، لا يخل في محتواه بحقوق المواطنين وحرياتهم، ولا بقواعد رزمة الدستورية ومبادئها.

les règles et principes du bloc de constitutionnalité.

سادساً: تحكم القوانين العضوية، القواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور. وعلى ضوءها، يناقش كل مشروع أو اقتراح بقانون على التوالي في مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- من أجل الوصول إلى صيغة موحدة بقبولها. فإذا تحضر عليهما الاتفاق على هذه الصيغة الموحدة بعد قراءتين متعاقبتين، أو بعد قراءة واحدة في كل منهما في أحوال الاستعجال التي تعلنها الحكومة؛ كان لرئيس الوزراء أن يدعو لعقد لجنة مختلطة متعادلة التمثيل من أعضاء المجلسين La commission paritaire mixte، يبعد إليها باقتراح لنصوص تعرض عليهما، ولا يجوز إدخال تعديل على النصوص التي تقرها هذه اللجنة بفسير موافقة الحكومة.

إذا تحضر على أعضاء هذه اللجنة الاتفاق على صيغة موحدة للنصوص التي تقترح إقرارها، أو تحضر للحصول على موافقة مجلسي البرلمان على الصيغة الموحدة لهذه النصوص، كان على الحكومة بعد قراءة جديدة واحدة لتلك النصوص من قبل الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أن تطلب من الجمعية الوطنية أن تفصل في الأمر بصفة نهائية سواء بإقرار مشروع قانون للجنة المختلطة أو بإقرار الجمعية الوطنية لمشروعها^(٢).

سابعاً: وإذا كان نص المادة ٤٥ من الدستور يمثل الأصل في القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها عند نظر مجلسي البرلمان مشروع قانون أو اقتراح بقانون، وكان الامتثال لهذه القواعد واجباً كذلك في القوانين العضوية شأنها في الخضوع لها شأن القوانين العادية؛ إلا أن الدستور

(١) يتوخى نص المادة ٤٥ من الدستور الفرنسي عدم تخويل مجلس الشيوخ حق الاعتراض على كل مشروع قانون تقره الجمعية الوطنية بما يحدث شلاً للحياة البرلمانية. كذلك فإن من بين الأغراض التي تتوخاها هذه المادة أن تكون الكلمة الأخيرة في شأن القبول بالنصوص القانونية أو رفضها للجمعية الوطنية.

اختص القوانين العضوية، بقواعد إجرائية أفردتها بها، هي تلك المنصوص عليها في المادة ٤٦ من الدستور.

وتتصل هذه القواعد الإجرائية الخاصة فيما يأتي:

• أن القوانين العضوية لا تجوز مناقشتها ولا تعديلها قبل انقضاء ١٥ يوما على إيداع مشروع القانون أو الاقتراح بقانون الخالص بها.

• أن اتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور، وإن كان واجبا في شأن القوانين العضوية، إلا أن الجمعية الوطنية لا يجوز لها عدد اختلافها مع مجلس الشيوخ في شأن مشروع القانون أو الاقتراح بقانون المعروض عليها، أن تقر هذا المشروع أو الاقتراح في القراءة الأخيرة لهما، إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها.

• أن القوانين العضوية التي تنظم شأنا يتعلق بمجلس الشيوخ، يتعين أن يقرع مجلسا البرلمان عليها في صيغة موحدة^(١)

Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées

(١) انظر في شرح المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي مقالة الأستاذ Pierre le Mire الأستاذ في جامعة Reims نشرت في ص ٨٩٩ وما بعدها من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La Constitution de la Republic Française [Economica]. وانظر في شرح المادة ٤٥ من هذا الدستور مقالة أخرى للأستاذ Leo Hamon الأستاذ بجامعة باريس (١) والوزير السابق، في ص ٨٨٨ وما بعدها من المؤلف السابق.

الفصل التاسع والخمسون

الرقابة على الدستورية وضمان حرية التعاقد

المبحث الأول

حرية التعاقد بوجه عام

٥٢١- حرية التعاقد في مفهوم بعض الصانين، من الحقوق الطبيعية A natural right التي حازها الأفراد من أجل تطوير ملكاتهم والظفر بالسعادة التي يطمحون فيها ويعملون من أجلها^(١).

ويظهر إليها كثيرون على تقدير صلتها الوثيقة بحقوق الملكية، ويوجه خاص في مجال كسبها بالمقد، وكذلك على سبيل عقود العمل التي يعرض العامل فيها قوة العمل في سوق لشرائها^(٢) وهي فرع من الحرية الشخصية التي لا تنحصر دلالتها في تحرير الناس لأبدانهم من القيود الحسية Physical restraints التي تكال منها كالاغتيال والمجن والتخلف في مكان أمين، وإنما هي كذلك حق المواطنين جميعهم في استثمار قدراتهم واستعمالها بكل الطرق القانونية، وفي العمل أينما يشاؤون، وفي أن يحصلوا على ثروتهم من كل المصادر التي لها وجه مشروع، وأن يدخلوا بالتالي في كل العقود الملائمة والضرورية التي يكتفون بها مظاهر الحياة التي يطلبونها^(٣).

ولم يعد جائزاً على ضوء هذه المفاهيم، إجهاض حرية التعاقد، أو التدخل فيها بصورة تحكمية، ولا النظر إليها بوصفها حرية مطلقة لا قيد عليها. ذلك أن ضمان الحرية وإن تقتضي ألا تفرض عليها قيود جائرة، إلا أن الابتعاد بها لا يفترض تحصيلها من القيود التي تنظمها.

ومن ثم تكون حرية التعاقد حرية موصوفة A qualified right ليس لها من نفسها ما يعصمها من القيود التي تقتضيها مصلحة الجماعة وضوابط حركتها^(٤) وإن كان الأصل هو

(١) Slaughter- House Cases, 83 U.S. (16 Wall) 63 (1873).

(٢) Coppage v. Kansas, 236 U.S 1, 14 (1915).

(٣) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1915).

(٤) Chicago, B& Q.R.R.V. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

ضمائنها، وعدم جواز التدخل فيها إلا استثناءً^(٦) حتى يتخذ الإنسان في الحياة الطرائق التي يختارها وأماكن وصور العمل التي يفضلها، ووسائل الرزق التي يستصوبها، وأن يعمل على تحقيق هذه الأغراض من خلال العقود التي يدخل فيها، وعلى تقدير أن حرية التعاقد هي إرادة الاختيار التي تبلور الشخصية الفردية وتشكلها في جوهر ملامحها، وأنها تمثل من الحرية الشخصية، ومن حقوق الملكية، أبرز سماتها^(٧)

An elementary part of the rights of personal liberty and private property.

ويفترض في القیود على حرية التعاقد، أنها قیود مطلقة موفقة للدستور.

A presumption of reasonableness and constitutionality.

ويظل واجبا تنفيذ العقود وفق مشتملاتها، وفي إطار من حسن النية. ويقدر تطبيقها بحقوق الملكية، فإن أخذها من أصحابها بغير تعويض لا يجوز، سواء كان للمدين بها فردا أو جهازا حكوميا.

ومما يناقض حرية التعاقد، تقرير احتكار يطل حق الأفراد في الدخول في العهن التي ألفوها وتكرروا عليها، والتي يعتمدون عليها في معاشهم. ذلك أن حد السلطة للبوابسية هو معقوليتها وإضافتها. فإن لم تكن كذلك، بل كان تحكمها، وانقفاء معقوليتها وضرورتها، هو ما يتم به موقفتها من الحرية الشخصية، ومن حق الأفراد في الدخول في العقود الملائمة والضرورية، تعين الحكم بمجاوزة هذا التدخل حدود الدستور. وإذ تقضى الجهة القضائية بذلك، فإنها لا تحل تقديرها محل تقدير المشرع. ذلك أن كل إجراء مشروع يصدر في إطار السلطة البوابسية التي تتوخى حماية المواطنين في صحتهم أو غير ذلك من أوجه رعايتهم العام، لا تشملها لرقابة القضائية، ولو كان للقضاء لا يعملون إلى هذا الإجراء.

(٦) من بين القیود التي يجوز فرضها في نطق حق العمل، تنظيم العمل في المناجم وحظر استخدام الأطفال في العهن الخطرة، وتحديد حد أدنى للأجور، وتحديد ساعات العمل، وتقرير حق العمل في التمييز عن إصابة العمل وحقوقهم في التفاوض بصورة جماعية Collective Bargaining من أجل الحصول على شروط عمل أفضل.

(٧) Adair v. United States, 20 U.S. 161 (1908).

فإذا نقض الإجراء المتخذ، مفهوم الحرية التي ما توخى الدستور ضمانها غير تنظيمها في إطار من الشروط المنطقية والمنصفة التي يراها أوساط الناس كذلك، صار هذا الإجراء باطلاً.

والأصل في العقود هو تكافؤ مصالح أطرافها ما لم يكن العقد إدارياً متضمناً شروطاً استثنائية لا يألها الأفراد في عقود القانون الخاص، لتعبر الدولة من خلالها عن إرادة تسيير مرفق عام وفق ما تراه ملائماً من النظم؛ وإن ظل واجباً عليها ألا تلغى عقوداً قائمة، ما لم يكن الدخول في هذه العقود منطوياً على التخطيط لجريمة، أو على وجه آخر غير مشروع كالالتدخل بغير حق في الوظيفة القضائية أو التنفيذية، أو التشريعية، أو تقييد حرية تدفق التجارة دون مقتضى^(١).

ويتعين دائماً أن نلاحظ:

أولاً: أن التدخل في العقود من خلال السلطة البوليسية التي تتوخى تأمين المواطنين في صحتهم وسلامتهم ورخائهم العام وضمان قيمهم الخلقية، جائز كلما كان معقولاً. وهو ما يؤكدته القضاء المقازن، بل إن مصلحة الدولة الاقتصادية، قد تبرر التدخل في بعض العقود بما يكلها.

ثانياً: وفي مجال تقييم العقود التي يجوز بوجه عام فرضها على العقود، يتعين أن ننظر إلى ما إذا كان من شأنها تحقيق غرض مشروع بوسائل منطقية. فإذا استقام أمرها على هذا النحو، تعين القول بجوازها، ولو كان من شأنها أن تؤثر -بطريق مباشر أو غير مباشر- في العقود القائمة أو تعدل بعض أحكامها.

The question is not whether the legislative action affects contracts incidentally, or directly or indirectly but whether the legislation is addressed to a legitimate end and the measures taken are reasonable and appropriate to that end

ولا كذلك أن يتدخل المشرع بصورة تصفية في العقود بما يهدر أو يقلص الحقوق التي أنشأتها. إذ يعتبر هذا التدخل مخالفاً للدستور، وباطلاً. ذلك أن التدخل في العقود، لا يجوز ما لم يكن معقولاً، شأن العقود في ذلك شأن الوسائل القانونية للمليمة التي تمثل المعقولة جوهراً.

(١) Atlantic Coast line R.Co.V.Goldsboro, 232 U.S. 548 (1914).

ثالثاً: أن الطعن قضائياً في العقود التي دخل للشخص فيها، يخول للجهة القضائية الفصل في صحتها ثم تحديد ما إذا كان المشرع قد تدخل فيها بصورة غير منطقية، ليصبح هذا التدخل غير مشروع ولو نزع المشرع بالسلطة البوليسية التي لا يجوز استعمالها في غير الأغراض التي رصدها الدستور عليها، والتي لا يندرج تحتها أن يخفى المشرع وراء هذه السلطة لتحقيق غرض غير مشروع^(١)، أو لتحقيق غرض مشروع بوسائل غير منطقية. ذلك أن معقوبة التدخل في العقود يفترض أن يكون هذا التدخل جائزاً. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ملائماً، وواقعاً في المجال الطبيعي لِمباشرة السلطة البوليسية منظوراً في تحديد مداها إلى نطاق الأثر التي رتبها للتدخل في العقود على حقوق أطرافها.

ولا يجوز بالتالي للجهة القضائية في مجال تقييمها للتدابير الملمية التي تتخذها السلطة البوليسية - أن تستعص هذه الجهة عن تقدير المشرع بتقديرها، ولو كان تقديرها الأفضل من وجهة نظرها^(٢).

٥٢٢- وكلما تدخل المشرع بالنصوص القانونية التي أقرها لتحقيق غرض مشروع يرتبط عقلاً بها، تعين أن تعامل هذه النصوص بالفترض صحتها، ولو وجد تنظيم أو تصور آخر أفضل منها، وأعمق حكمة مقارناً بها.

٥٢٣- ولكن جاز القول بأن الأصل في السلطة البوليسية هو إطلاقها بشرط تقيدها بالضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحقيق الأغراض التي تستهدفها، وكان ضمان حرية التعاقد لتكفل للناس جميعهم صحتهم وسكنتهم وأمنهم العام - بما في ذلك صون أخلاقهم - مؤداه أن ضمان حرية التعاقد في نطاق الشروط المنطقية للوسائل القانونية السلمية - ما كان منها موضوعاً أو إجرائياً - يعتبر من ضوابط الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، فقد تعين إبطال كل قانون يحظر على بعض المواطنين - ودون مسوغ معقول - مباشرة ما هو مشروع آمن صور النشاط التي يريدون الدخول فيها، ولو كانوا قد هجروها من قبل^(٣).

(١) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

(٢) Advance- Rumely Thresher Co. v. Jackson, 287 U.S. 283 (1932).

(٣) تعبر الحقوق الناشئة عن العقد، حقوق ملكية. وكما أن الملكية لا يجوز أخذها بغير تعويض، فمن الاتقاسات العقيدة لا يجوز الإخلال بها بغير تعويض، سواء كانت الدولة أو الفرد طرفاً في العقد.

Lynch v. United States, 292 U.S. 571 (1934).

ذلك أن صور النشاط هذه، تقارن حقوق الملكية التي تتمتع بها. بما موداه أن الوسائل القانونية السليمة، هي التي تكون كذلك بالنظر إلى خصائصها ومكوناتها. ولا شأن لها بما يراه المشرع مندرجا تحتها أو واقعا في إطارها.

٥٢٤- على أن حرية التعاقد مع أهميتها لا تقبل الإطلاق، بل يجوز تقييدها بما لا يثقل من أصل الحق فيها. فلا تنطلق هذه الحرية لتحطم كوابحها، وإنما يجوز تنظيمها، فليس ثمة حرية للفرد في أن يتعاقد بالطريقة التي يختارها، وبالشروط التي يرتضيها، ولو دققن بها قيم الجماعة وثوابتها. وإنما الحرية في حقيقتها، ينسبها تجردها من القيود الجائرة على ممارستها^(١).

Liberty implies the absence of arbitrary restraints, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of community.

وليس لأحد بالتالي أن يعتصم بحرية يدعيها ليناهض بها قيودا مطلقة يرفضها المشرع عليها لضمان مصالح الجماعة في أشكالها المتجددة والمتطورة^(٢). ذلك أن معقولة هذه القيود تفترض Presumption of reasonableness .

٥٢٥- ولا يثقل ما تقدم، من حقيقة أن حرية التعاقد تتمحض تعبيرا عن إرادة الاختيار التي تعتبر جزءا من أتمية الفرد، فلا تتفصل عنها. ومن ثم تعتبر القيود عليها وبالضرورة - من طبيعة استثنائية، تقدر بقدر الضرورة التي أملتها. وهذه الطبيعة الاستثنائية للقيود التي يرفضها المشرع على حرية التعاقد مرددا أن الدستور وإن كان يكتل الحرية الشخصية، ويمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية والإجرائية، إلا أن الحرية التي بصورتها الدستور، هي التي تقع في إطار تنظيم اجتماعي يقتضي من المشرع أن يتدخل بقدر الضرورة وفي حدودها. وكلما كان تنظيم القانون لهذه الحرية مبررا من خلال مضمون المسائل التي يواجهاها، وعن طريق نوع المصالح التي يحميها، فمن القيود التي حد بها المشرع من الحرية الشخصية بوجه عام، تحكم العقود كذلك بوجه خاص.

(١) انظر في ذلك:

Chicago, B. and Q.R.R. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

(٢) O' Gorman and Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co, 282 U.S. 251 (1931).

وهذا يعني أن معقولة القيود التي يرفضها المشرع على العقود، تفترض.

ويجوز بالتالي أن يفرض المشرع حداً أدنى من الأجور لمصلحة المرأة كسي يكفل لها الوسائل الضرورية لعيشها، وأن يساويها كذلك بالرجل في الأجور التي يحصل عليها، فلا يستغلها رجال الأعمال لانتهازا منهم لضغطها، ولا يجورون على حاجتها إلى الأجر العادل المتوازن لجهدهما. كذلك لا يجوز إنكار حق المرأة ولاحق الرجل في العمل بناء على مجرد انضمام إيهما إلى أية منظمة نقابية، ولا حرمان غير المنتسبين إليها من هذا الحق. ذلك أن هذا الإنكار لا يجوز أن يكون غاية تكتسبها النصوص القانونية، ولا أن تعمل لتحقيقها.

كذلك فإن فرض قيود على المرأة في مجال حرية التعاقد تزيد عن تلك التي يقضيها المشرع من الرجل في الأوضاع ذاتها التي لا تغاير في ظروفها، مؤداة أن يكون القانون الصادر في هذا الشأن، قائماً على تمييز غير مبرر ومخالفاً للمستور.

٥٢٦- ولئن كان اتصال حرية التعاقد بالحرية الشخصية بوصفها جزءاً من مكوناتها، من الأمور المقطوع بها، فإن صلتها الوثيقة بالحق في الملكية لا نزاع فيها، بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها للعقد فيما بين أطرافها، وهي حقوق تنحل إلى قيم مالية يحميها الحق في الملكية الفردية التي تمتد إلى الحقوق جميعها الشخصية منها والعينية وإلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

ويتعين بالتالي النظر إلى العقد -حال صحته- باعتبارها من الأموال التي تشملها الحماية التي يكلها الدستور للملكية الخاصة، على أن يكون مفهوماً أن حرية التعاقد، وما يتصل بها من الحق في الملكية، لا تعينان تكافؤاً في الثروة، ولا تقارباً في الدخول، ذلك أن الناس لا يتمثلون في ثرواتهم، إلا إذا كانوا يملكون مصادرها على الشروع فيما بينهم، ويحصلون متساوية.

٥٢٧- وليس للدولة في العقود التي تنحل فيها مع الأفراد مركزاً تطو به عليهم، ما لم يكن العقد إدارياً في الدول التي تقوم نظاماً قانونياً متميزاً لهذا النوع من العقود تخرج به عن عقود القانون الخاص التي تتكافأ فيها مصالح أطرافها. ذلك أن الأصل في العقد، هي امتناع تعويض الحقوق التي تنشأ ما لم يكن ذلك بناء على اتفاق بين أطرافها أو نزولاً على حكم القانون، لضمان مصلحة يتوخاها المشرع، كذلك التي تنصل بأعراض الناس وبصحتهم أو بسلامتهم أو برخائهم العام.

وجاز بالتالي إبطال بعض العقود، كلما كان ذلك ضروريا لحماية مصلحة لها اعتبارها، كإهدار العقود المعيرة حقة في الجريمة المنظمة، أو التي تتدخل بصورة غير ملائمة في الوظيفة التشريعية أو القضائية أو الإدارية، أو التي تقيد من تنفق التجارة^(١).

٥٢٨- علي أن التدخل في حرية التعاقد بما يقوض أسسها أو يطل آثارها، وإن كان لا يجوز تشريعا في غير ضرورة، إلا أن السلطة القضائية بوسعها أن تزيل آثار عقد قائم، ولو بأثر رجعي، إذا كان هذا العقد باطلا منذ ميلاده^(٢).

ولها بالتالي أن تعود المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها حين الدخول في العقد، ولا يعتبر ذلك منها تخطيا في حرية التعاقد، بل جزءا على مخالفة العقد لقاعدة أمره لا يجوز إهدارها.

ذلك أن الصاية التي يكتفلها الدستور للعقود بوصفها قوما مالية، شرطها صحتها، وانقائها في القواعد التي تقوم عليها مع الحقوق الثابتة للدولة في نطاق سلطاتها البولييسية التي لا يجوز التفاوض عليها، كالحق في صون القيم الخلقية لمجتمعها، فلا يكون من شأن حرية التعاقد ذاتها، ولا لشرط الرسائل القانونية السامية، تعطيل حق الدولة أو إعاقته عن مباشرة سلطاتها البولييسية التي تؤمن من خلالها بالنصوص القانونية أحيانا- مصالح عريضة في اقتصادها، خطيرة فهي أهميتها وضرورتها لصلتها الوثيقة بالجماعة وصون هويتها وروحها ورخاؤها وأدائها ونظامها العام.

بل إن المصلحة الاقتصادية للدولة قد تبرر تدخلها في عقود قائمة، كلما كان هذا التدخل منطقيا.

٥٢٩- ويظل من حق المشرع أن يغير من أشكال الحماية التي يكتفلها للعقود السليمة، وأن يعدل بالتالي من الترتيبات التي أحاط بها هذه العقود كجزاء على إخلال أحد أطرافها بالتزام نشأ عنها، إلا أن شرط ذلك أن تكون الحدود الجديدة لهذه الترتيبات ملائمة. فإذا تدخل المشرع فيها على نحو يشوهها أو يقوض عناصرها، وبغير أن يحل محلها بديلا ملائما يكتل جبر الأضرار الناجمة عن الخطأ في تنفيذ العقد، كان ذلك إخلالا من المشرع بحرية التعاقد مخالفا للدستور. وهو

(١) Tawney v. Mutual system of Maryland (1946) 186 Md 508, 47 A 2 d 372.

(٢) Central land Co. v. Laidley, 159 U.S. 103 (1895).

ما يتحقق ذلك كلما جرد المشرع المتعاقد الحريص علي إنفاذ عقده، من الوسائل العملية والفعالة التي يؤمن من خلالها، حماية العقد عن طريق إعمال بنوده.

ذلك أن حرية التعاقد، تفترض تنفيذ العقود وفق مشتملاتها وفي إطار من حسن النية، وعين طريق ترضية ملائمة يفرضها المشرع كجزاء عن الإخلال بأحكامها، بشرط أن يكون بإمكان الدائن أن يقتضيها جبراً من المدين. ولا كذلك أن يتدخل المشرع في الترضية القائمة ليعطل من جوهر خصائصها إلى حد يصل إلى فحواها أو أضاعفها إلى حد كبير وعلى الأخص إذا ربط المشرع الحصول عليها بشروط ترفتها.

ويظل دقيقاً، الخط الفاصل بين الترضية الملائمة التي يجوز القبول بها، والترضية التي يعطل بها المشرع من ترضية قائمة بما يقوض الحقوق الجوهرية التي أنشأها العقد؛ وإن تحين النظر في كل حالة على حدة على ضوء ظروفها وأوضاعها الخاصة، وبمراعاة أن الترضية الملائمة هي الكافية في إصافها ومغوليتها^(١).

٥٣٠- على أن تعديل الدولة وفق ضوابط منطقية لشروط الترضية التي تجبر الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، لا يمسك عليها واجبها في ضمان تنفيذ العقود، خاصة تلك التي تكون هي طرفاً فيها^(٢). ذلك أن الإخلال بها يقوض حرية التعاقد ويهدم أساسها، فلا تكامل للعقود أجزاؤها. بل إن تدخل المشرع فيها ليعطل دون تنفيذها، يخل -دون ما ضرورة- بالحقوق القائمة لأطرافها، من جهة إهدار المشرع للحقوق المالية التي أنشأها العقد والتي عول المتعاقدون عليها في إطار النظم القانونية القائمة. ومن ثم تفترض مخالفة هذا القانون للمنصور.

٥٣١- ويظل الأصل هو حظر التدخل في العقود للتقويض بنيانها -سواء كان هذا التدخل مباشراً أو غير مباشر- ما لم يكن هذا التدخل قد تم بصورة استثنائية، ومبرر لمصلحة قاهرة يقوم

(١) Richmond Mortg. v. Wachovia Bank, 300 U.S. 124 (1937).

(٢) لا يعتبر استناد وظيفة إلى التزام بالصل الملم، عقداً

Dodge v. Board of Education, 302 U.S. 74 (1937).

فلذين يحدون في وظيفة عامة لا يملكونها، لا هي، ولا الحقوق التي تنفرع عنها، ما لم تكن من الحقوق المكتسبة.

الدليل عليها، ويشترط أن تكون التدابير الواقعة في نطاق هذا التدخل ملائمة، وأن ترتبط عقلا
 بوعاء هذه المصلحة ومتطلباتها^(١).

(^١) Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

المبحث الثاني

قضاء المحكمة الدستورية العليا

في شأن حرية التعاقد^(١)

٥٣٢- وفرد المحكمة الدستورية العليا -في قضاء متواتر- حرية التعاقد، إسي الحرية الشخصية، وتكفل إليها باعتبارها من فروعها ونوحتها. فلا تكون إلا من قبضها، حتى لتدخل في عموم معناها. وهي كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية بالنظر إلى الحقوق ترتبها العقود فيما بين أطرافها.

فضلا عن أن الحرية للشخصية -وما يتصل بها من إرادة الاختيار، وعلي ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها -تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لتسير المواطنين.

وفي هذا الإطار تقرر المحكمة الدستورية العليا، المبادئ الآتية بيانها:

أولاً: أن ضمان الحرية للشخصية لا يقتصر على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، وإنما هي صمام أمن كذلك ينسحب إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائناً يحمل على ما يرضاه، بل بشراً سوياً.

بيد أن حرية التعاقد هذه -التي تعتبر في القضاء المقارن حقاً طبيعياً لازماً لكل إنسان تطورا لإرادة الخلق والإبداع، والحيازا لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئنانا

(١) انظر في ذلك القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ -س ٦٧١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠ -س ٧٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٤ ص ٩٣٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانظر كذلك القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩١- قاعدة رقم ٦٥ -س ٩٥٣ من الجزء الثامن؛ وكذلك حكمها رقم ٥٩ -س ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانظر كذلك حكمها في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠٠٠/٣/٤- قاعدة رقم ٦٠ -س ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكامها.

لغده- يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفقاً لأسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان.

فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقاً موصوفاً *A qualified right*. ذلك أن الحرية الشخصية لا يكتفئها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها. وإنما يدينها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمرداها على كوابحها و الحُدود المنطقية لممارستها، بين مروّفتها مما يحد من اندفاعها، وردّها إلى ضوابط لا يملأها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع على الحرية الشخصية. ذلك أن هذه الحرية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضرورياً لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض.

ولا نفيد حرية التعاقد بالتالي، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام.

وقد يورد المشرع في شأن العقود -حتى ما يكون واقعاً منها في نطاق القانون الخاص- قيوداً يرفع على ضوابطها حدوداً للنظام العام لا يجوز انتهاكها. وقد يخضعها لقواعد لشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى العقود، توازناً اقتصادياً لخلل فيما بين أطرافها. وهو يتدخل إيجابياً في عقود بذواتها محورا من التزاماتها اقتصادياً لمن دخلوا إليها من الضعفاء، مثلاً هو الأمر في عقود الإذعان والعمل. ولأزال المشرع بقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمها جماعياً ثابتاً *Contracts Collectifs* كذلك التي تتضمن تنظيمها نقابياً، بما موداه أن المشرع أن يرسم للإرادة حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعاً في إطار دائرة منطقية، تتوازن الإرادة في نطاقها، بواعي العدل وحقوق المصالح العام. ومن ثم لا تكون حرية التعاقد - محددة على ضوء هذا المفهوم- حقاً مطلقاً، بل موصوفاً. فليس إطلاق هذه الحرية وإغلاؤها من كل قيد، يجازي قانوناً، وإلا أل أمرها سرباً أو انفلاتاً^(١).

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٢ يونيو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٢٤ - حتى ٦٧٩ من الجزء

الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وانظر كذلك القضية رقم ٢٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٧/٨/١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٠- ص ٧٧٥-

٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

Freedom of Contract is a qualified and not an absolute right. There is no absolute freedom to do as one wills, or to contract as one chooses.

وما تقدم موداه، أن ضمان الحرية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن الحرية تعيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائزة Arbitrary restraints وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها^(١).

ثانياً: تلك هي النظرة الكلية لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد. ولكن المحكمة لا تقعد باجتهادها عند حدود هذه النظرة الكلية، ولكنها تفصلها وتعمقها بقولها:

إن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية؛ إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها للعقد فيما بين أطرافها، أي ما كان المدين بأدائها. ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتنظمها، أو التي تعزل دون حق تنفق للتجارة في سوقها المفتوحة، وكانت السلطة التشريعية وإن ساغ لها استثناء أن تتناول أنواعا من العقود لتحيط ببعض جوانبها بتنظيم أمر يكون مستندا إلى مصلحة مشروعة، إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسمعها أن تدغم الدائرة التي تبشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لمسلطتها بعد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، إلا أن للدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام- لا يجوز اغتيالها بنمائها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحسوا كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلاً عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها^(٢).

(١) لل قضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: وتمضي المحكمة الدستورية العليا في بيان الأثار القانونية لحرية التعاقد ليس فقط في صلتها بالمواطنين، بل كذلك من خلال تطبيقاتها في علاقة قانونية يكون طرفها أجنبياً. وتقول في ذلك:

إن التطور الراهن لحقوق الإنسان الأساسية، جعل منها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها. فلا يجوز التمييز غير المبرر في مجال مباشرتها، ولو كان من يطلبها أجنبياً.

وصار ثابتاً كذلك أن المعايير الدولية لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أجراء، أن ينال من الحقوق التي تقارنها سواء بمحورها أو بإيراد قيود عليها تزيد عن تلك التي ترضيها الدول الديمقراطية. ذلك أن الحرية الشخصية، وما يتصل بها من إرادة الاختيار -على ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين الذين يملكون في نطاق الأعمال التي خولهم المشرع حق تصريفها -حق اختيار وكلاء عنهم يديرونها لحسابهم وفق الشروط التي يرونها كحل لمصالحهم. فإذا حرّم المشرع من هذا الحق، أخل بالحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة بنص المادتين ٣٢ و٣٤^(١).

رابعاً: وتكفل المحكمة الدستورية العليا كذلك حرية اختيار الزوج، والدخول في علاقة زوجية يتوافق أطرافها عليها من خلال العقد. وهي تؤسس حكمها في ذلك على الدعاوى التي يناديها^(٢)

* أن الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها، إذ هي محورها وقاعدة بنائها. ويلتزم تجنبها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيبتها، ومن بينها الحق في الزواج لتكوين أسرة لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقة أو تقوض روابطها.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٥٠ -من ٧٧٦، ٧٧٥، من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ -قاعدة رقم ٣٨ -من ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس.

أن الزوجين يمتزجان في وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق لمانها. وإذا كان الزواج -في مضمونه ومراء- عقيدة لا تنقسم عراها، أو تسن صلاتها، وتصل روابطها في خصوصيتها إلى حد تقديمها؛ فإن التدخل تشريعا في هذه العلاقة للحد من فرص الاختيار التي تنتشها، لا يجوز لغير مصلحة جوهرية تسوغ بموجباتها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها.

* أن الحق في اختيار الزوج وثيق الاتصال بخواص الحياة العائلية، ويستحيل أن يكون ولعما وراء حدودها، إذ يتصل مباشرة بتكوينها. وهو كذلك من العناصر التي تتكامل بها شخصية الفرد، ويكفل من خلالها تحقيق إرادة الاختيار فيما هو لصيق بذاته، ليحدد ملامح توجهاته التي يستل بتشكيلها. ولا بدو إنكاره أن يكون إخلالا بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وبشروط لوسائل القانونية السليمة.

* أن الدستور وإن لم يصر على الزواج كحق، إلا أن كثيرا من الحقوق التي لا نص عليها فيه، تعتبر من فيض النصوص التي قلها. وعلى ضوء هذا الاعتبار، يعتبر الحق في اختيار الزوج، مشمولا بالحماية التي يكفلها الدستور لحرمة الحياة الخاصة، ومتصلا كذلك بحق كل شخص في تكوين الأسرة التي يصطنها، وأن يتخذ ولدا من خلال زواج باعتباره العلاقة الزوجية الوحيدة التي لا يوجد الولد إلا في إطارها.

خامسا: وتؤكد المحكمة الدستورية العليا بعبارة باترة، أن العقود التي يقيمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيا المشرع، ولو عارضتها مصلحة لها كمن وزنها^(١).

سادسا: وتعرض المحكمة الدستورية العليا لحرية التعاقد في واحد من أخطر تطبيقاتها ممثلا في العلاقة الأيجارية التي تبلور النصوص القانونية التي تحكمها، اتجاها عاما عبء المشرع ربحا طويلا من الزمن في إطار من مفاهيم جائزة ما يرح للمستأجرون على ضوئها، يرجعون مصالحهم على موجرين أضمر المشرع بحقوقهم، يكثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز وانضموا بها -في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال.

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤ من ٩٢٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية 'مستورية' بجلستها المعقودة في ١٥/١١/١٩٩٧^(١)، تقرر المحكمة أن حق المستأجر لا زال حقا شخصيا مقصورا على استعمال عين بذاتها في المنفعة المرصودة عليها، فلا يمتد هذا الحق إلى استغلالها إذا منعها أصحابها عن مستأجرين من خلال شرط اتصل بإجارة أبر موها معهم صريحا كان هذا الشرط أم ضمليا.

فإذا خول المشرع سيوئا على قاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها - الحق في التأجير المغرور لكل مستأجر في الأحوال التي حددها، صار منتهيا حق من يملكون الأعيان الموجهة في ألا يتولى آخرون سلطة استغلالها بغير إذن منهم. وفي ذلك عنوان على الدائرة المنطقية التي تصل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية - إلى صحيح بنيانها - بفواتها، فلا تكون الإجارة إلا إملاء يناقض أسسها.

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٧١ لسنة ١٩ قضائية بجلستها المعقودة في ٤/١٠/١٩٩٧^(٢)، تقرر هذه المحكمة، أن حرية التعاقد والحق في الملكية من الحقوق التي كفلها الدستور، وأن الأصل في الروابط الإيجارية، أن الإرادة هي التي تنشئها، فإذا جردها المشرع من كل دور في مجال تكوين هذه الروابط وتحديد آثارها، كان تنظيمها أمرا منافيا لطبيعتها.

ولكن جاز القول بأن القيد الذي فرضها المشرع على الإجارة، قد اقتضاه أزمة الإنسان وحدة ضغوطها، وضرورة التدخل لمواجهتها بتدابير استثنائية تعتبر من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، وكان هذا التنظيم الخاص قد أصابها في كثير من جوانبها، مقيدا عمل الإرادة في مجالها وعلى الأخص في مجال تحديد مقدار الأجرة وامتداد الإجارة بقوة القانون - إلا أن الإجارة تظل - حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص - تصرفا قانونيا ناشئا عن حرية التعاقد التي أهدرتها النصوص القانونية المطعون عليها من خلال إفذاها - وبقوة القانون - ببادل الأعيان السكنية الموجهة في البلد الواحد - بين مستأجر وآخر، في الأجل التي تهيئها السلطة التنفيذية ووفق الضوابط التي تضعها، فلا تكون الإجارة - على النحو المتقدم - عقدا يقوم على التراضي، بل إملاء يناقض أسسها ويقوضها.

(١) من ٩٥٤ من الجزء الثامن.

(٢) من ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

* ونأني المحكمة الدستورية العليا بقاعدة جوهرية تؤكد بها أن التدابير الاستثنائية التي تحكم العلاقات الإيجارية لا يجوز أن تبقى أبداً على حالها، ولا أن تكون حلاً نهائياً لمشكلاتها، وأن التوازن في هذه العلاقات، ينبغي أن يكون قاعدة بنيانها، فلا ينقض المشرع إطلو هذا التوازن لمصلحة أحد أطرافها، مجانباً في ذلك حدود الاعتدال.

وهي تؤكد هذه المعاني بتقريراتها القاطعة والمباشرة التي تقول فيها بأن التدابير الاستثنائية التي فرضها المشرع للحد من غلاء أزمة الإسكان، وإن آل أمرها إلى اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها مع تطبيقها بالنظام العام لإبطال كل اتفاق على خلافها، إلا أن تطبيق هذه التدابير الاستثنائية يظل مرتبطاً بالضرورة التي أملتها بوصفها باعثاً وإطراً. وما كان لسريانها بالتالي أن ينفصل عن مبرراتها، ولا أن يزيد على قدر هذه الضرورة.

ولا يجوز بالتالي أن تعتبر هذه التدابير التي تدخل بها المشرع في العلاقات الإيجارية من أجل ضبطها، حلاً نهائياً ودائماً لمشكلاتها، فلا يتحول المشرع عنها، بل عليه أن يعيد النظر فيها، وأن يعدل عنها عند زوال مبرراتها، وأن تظلي هذه التدابير عندئذ مكانها لحرية التعاقد بوصفها الأصل في العقود جميعها.

وكما قدر المشرع إنهاء التدابير الاستثنائية التي كان قد فرضها في شأن الأعيان المؤجرة، دل ذلك على أن الاتفاق صار مهيمناً على شروط التعاقد. وهو اتفاق يكفي لاستقاده أن يتبادل طرفاه للتعبير عن إرادتين متطابقتين^(١).

* وتنفصل المحكمة الدستورية العليا حدود الضرورة الاجتماعية للتدابير الاستثنائية في العلاقات الإيجارية بقولها إن استلاب أموال الناس لا يتصور أن يكون حقاً لأحد، ولا أن يتقرر الضرورة بعيداً عن حقيقتها.

لذا أعاد المشرع العلاقات الإيجارية إلى الأصل فيها بعد أن لختل التوازن بين أطرافها اختلالاً جسيماً، وغداً تنظمها الاستثنائي منافي لطبيعتها، متغولاً حدود التضامن الاجتماعي التي

(١) القضية رقم ٧٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٣٣١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

كفلتها المادة ٧ من الدستور، فإن عمل المشرع -وقد رد به الحقوق لأصحابها، وكلم ميزانها عدلا و إنصافا- لا يكون مخالفا للدستور.

* وتقيم المحكمة الدستورية العليا دعائم قضائها في شأن التوازن في العلاقة الإيجابية على أن الطبيعة الاستثنائية للقوانين التي درج المشرع على تنظيم هذه العلاقة من خلالها، لا تعصمها من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، ذلك أن هذه القوانين حتى مع اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، مناطها للضرورة الموجهة لهذا التنظيم الخاص.

ومن ثم تنور معها وجودا وعدما تلك القيود التي ترتبط بها، وترتد إليها، باعتبارها مناط مشروعيتها. ويتعين بالتالي أن يقر المشرع في مجال تنظيم العلاقة الإيجابية، من النصوص ما يكون كافلا للتوازن بين أطرافها، على أن يكون هذا التوازن حقيقيا لا صوريا، ولما لا منتحلا أو سريا، وأن يبلور التوازن في هذه العلاقة حقيقة قانونية لا ممارسة فيها، لضمان أن يكون للتنظيم التشريعي لحقوق الموجرين والمستأجرين في دائرة هذا التوازن، منصفا لا متحيفا، متعقبا الحقائق الموضوعية، وليس متعلقا بأهدافها الشكلية.

ولا يجوز بالتالي أن يعدل المشرع من إطار العلاقة الإيجابية بما يمثل التثاق على حقوق أحد أطرافها، أو إجرائها عن ضوابط ممارستها، وإلا أل أمر النصوص التي أقرها إلى البطلان^(١).

* ونقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك أن حق مستأجر العين في استئصالها مصدره الحقد دائما، ولا زال حقا شخصا لا عينيا ينحل إلى سلطة مباشرة على العين المؤجرة ذاتها بمارسها مستأجرها دون تدخل من المجر. فإذا تخلى المستأجر عن العين وتركها، زيلته الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع لصايتها، ولم يعد لأحد إحياء حق في شغلها بعد أن صار هذا الحق منعدما. ولا يجوز في أية حال أن ينحدر المشرع بحقوق المجر إلى مرتبة الحقوق مصدودة الأهمية، مرجحا عليها مصالح لا تكافئها، ولا تقوم إلى جانبها أو تنكأها معها، ومال حمايتها حرمان موجر العين منها حرمانا مؤيدا ترتبها على انتقال منفعتها إلى الغير انتقالا متعلبا متصلا في أغوار الزمن.

(١) القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١١ س ١٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وهو بعد انتقال لا يستد بزيادة المؤجر في معذنها الحقيقي، بل يقوم في صورة الأكثر شيوعا على التحايل على القانون، وللتفليس على المؤجر، وهو ما يعد انتسواء بالإجارة عن حقيقة مقاصدها، وإهدار التوازن لا يجوز أن يخل بين أطرافها، وإلزاما لغرباء عليها لتحرافها عن الحق، ونكولا عن الصالح العام.

وكما ألحق المشرع بالمؤجر وحده الضرر البين الفاض، وقرر معاملة تفضيلية لأغريباء المستأجر الأصلي لخصصهم بها دون مسوغ، واصطفاهم من خلالها في غير ضرورة، فإنه بذلك يكون قد قدم بذلك المنفعة المجبوبة على مغايرتين توقي سوءتها ودره أضرارها، حال أن دفع المضرة أولى، وعلى الأخص من خلال توازن في العلائق الإجارية يكون كافلا مصالح أطرافها، غير مود إلى تكافرها^(١).

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية دستورية^(٢) بجلستها المعقودة في أول يناير ١٩٩٤^(٣)، تقرر المحكمة الدستورية العليا أن ما نص عليه المشرع^(٤) من أن الأسبق إلى شراء وحدة من ماليتها، ولو لم يكن قد سجل عقد شرائها لها، هو الأجير بالحماية القانونية ممن ابتاعها مرة ثانية، لا مغالفة فيه للدستور. ذلك أن المشرع توخى بذلك أن يبطل كل بيع لاحق لعقد شرائها الأول إذا تعلق بالوحدة ذاتها، ولو كان البيع اللاحق لها مسجلا.

وتؤسس المحكمة حكمها المتقدم، على أنه إذا باع الوحدة ذاتها ماليتها إلى غير من تعاقده معه أولا على شرائها، كان ذلك تعاملًا فيها يقوم على التحايل والانتهاز. وهو ما دعا المشرع إلى إبطال البيوع اللاحقة على العقد الأول، باعتبار أن مظهرها صار من الأموال التي لا يجوز التعامل فيها بمقتضى قاعدة أمرة ناهية فرضها المشرع على أسس موضوعية، بعد أن شاع التعامل في

(١) القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية دستورية - جملة ١٨/٣/١٩٩٥ - لأعده رقم ٣٧ - ص ٥٤٢ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ١٠٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأملاك، على أن يعاقب بقوة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك السذي يتقاضى بأجرة صورة من الصورة، بذاته أو بالواسطة، أكثر من مقدم عن ذات الوحدة، أو يؤجرها لأكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقده معه على شرائها. ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا.

الوحدة الواحدة أكثر من مرة لتحرقا عن الحق وتماديا في الباطل، واستمراء للزور والبهتان، فلا يكون البيع اللاحق للوحدة ذاتها، إلا سعيًا من مالكيها لنقص ما تم من جهته خطأ. ويتعين بالتالي إهدار سوء قصده جزءًا وفاقًا.

فإذا أبطل المشرع البيوع اللاحقة جميعها بطلانًا مطلقًا لضمان انحسارها، وكان العدم لا يصير وجودًا ولو أجزأ، وكان بطلان البيوع اللاحقة على العقد الأول، قد تقرر بناءً على نص ناهٍ في القانون، حظر نقل ملكية الوحدة ذاتها إلى غير من اشتراها أولاً من مالكيها حتى لا يختل استقرار التعامل؛ فإن حظر البيع اللاحق للوحدة ذاتها، لا يكون مخالفًا للدستور، ولو قُبرن المشرع هذا الخطر بعقوبة جنائية نص عليها لردع من يخرجون على مقتضاه.

كذلك فإن إبطال المشرع بقاعدة أمرة للبيوع اللاحقة على العقد الأول، موداه تطبيق هذه البيوع بأسواق حظر المشرع تدولها -لا بناءً على طبيعتها- ولكن بناءً على نص قانوني آمر.

وبينما نشأ عقد البيع اللاحق باطلاً على النحو المتقدم، فإن عقد شرائها الأول ولد صحيحاً ونافذاً، فلا تعتبر البيوع الأتق للفصل في مجال نفاذها من عقد شراء الوحدة الأول. ذلك أن المفاضلة بين عقدين ترجحاً لأحدهما على الآخر، يفترض استيفاء هذين العقدين لأركانها ولشروط صحتها. ولا كذلك البيوع التي تم إبرامها بعد عقد الشراء الأول، ذلك أن انحسارها موداه زوال كامل آثارها واستتاع تنفيذها.

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" بجلستها المعقودة في ١٥/٩/١٩٩٧^(١)، تقرر هذه المحكمة للقواعد الآتي بيانها:

أولاً: أن الأصل في العقود -ويعتبرها شريعة المتعاقدين تقوم بصورها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها- هو ضرورة تنفيذها في كل مشتملاتها، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقاً للقانون.

ثانياً: كلما نشأ العقد صحيحاً ملزماً، كان تنفيذه واجباً، فقد التزم المدين بالعقد. فإذا لم يتم تنفيذه، كان ذلك خطأً عقدياً، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو عن إهمال، أو عن مجرد فعل لا

(١) ص ٨٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يقتزن بأبيهما. ومن ثم تظهر المسؤولية العقدية باعتبارها جزءا إخفاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما. وهي تتحقق بتوافر أركانها.

وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقوم مسؤولية جنائية إلى جانبها. فلا يكون اجتماعها معا أمرا عسويا أو مستبعدا، بل متصورا في إطار دائرة بذاتها، هي تلك التي يكون فيها الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

وهو ما يعني أن الدستور لا يتضمن قاعدة كلية أو فرعية تحول دون تدخل المشرع لتأثيم ولقعة الذكول عن تنفيذ التزام لم ينشأ مباشرة عن نص للقانون، وإنما كان العقد مصدره المباشر، وبشرط أن يكون هذا التأثيم قد حدد بصورة قاطعة أركان الجريمة التي أحدثها المشرع.

ثالثا: أن الحرية الشخصية التي يكتفلها الدستور، لا تقول حقا مطلقا لأحد، في أن يتحرر نهائيا في كل الأوضاع أي كانت ظروفها، وفي كل الأوقات أي كان زمنها، من القيود عليها. وإنما يجوز كبحها بقيود تتحدد جوانبها، تقتضيها أوضاع الجماعة وضرورة صون مصالحها، وتطلبها كذلك أسس تنظيمها، ودون إخلال بأمن أعضائها.

رابعا: أن العقوبة التي فرضها المشرع على من يخلون -دون مقتضى- بالتزامهم بتسليم الوحدة التي باعوها، في الموعد المحدد لتسليمها، لا مخالفة فيها للدستور. ذلك أن الجزء الجنائي يعتبر عقابا واقعا بالضرورة في إطار اجتماعي، منطويا غالبا من خلال قوة الروع على تغيير الحرية للشخصية، ومستندا إلى قيم ومصالح اجتماعية تبرره، كذلك التي تنطق بحظر التعامل في بعض الأموال تحليلا، بما يقوض الحماية القانونية المقررة لها.

ومرد التجريم المقرر بالفقرة المطعون عليها^(١) إلى الضرورة الاجتماعية. فقد أحاط المشرع -من خلال الجزء الجنائي- البيوع التي يكون محلها وحدة سكنية في عقار، بما يكفل

(١) هي الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأملاك، التي عكس على أن يعاقب بقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، الملاءم الذي يختلف دون مقتضى، لمن يتسلم الوحدة في الموعد المحدد، فضلا عن إلزامه بأن يؤدي إلى الطرف الآخر مالي المتقدم.

صدق هذه البيوع وينأى بها. فلا يكون هذا التعامل زيفاً أو تريباً غير مشروع، لتعويض هذه البيوع الأغراض التي يترجوها المتبايعون منها، فلا يترهمها أطرافها على غير حقيقتها.

ويقتضى الجزء الجنائي المقرر بالفترة المطعون عليها، أن ملكاً قد اختار ألا يقوم بتسليم الوحدة التي باعها في الموعد المحدد، ولا تؤثم الفترة المطعون عليها واقعة تخلفه عن التسليم في ذاتها، بل سلوكا اتصل بها، وكان مؤدياً إليها.

خامساً: أن الجزء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور، إلا إذا لفتل التعامل بصورة ظاهرة *la disproportion manifeste* بين مدها من جهة، وطبيعة الجريمة التي تعلق بها من جهة ثانية.

سادساً: أن ما تنص عليه المادة ٢٠٦ من القانون المدني من أن الالتزام ينقل حق عيني، يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم، موداه أن التزامين يتفرعان عن الالتزام الأصلي بنقل الملكية.

أولهما: محافظة بائع العين عليها إلى حين تسليمها.

وثانيهما: تسليمها فعلاً إلى من ابتاعها. ويتضمن التزام الأول عن الالتزام ببذل عناية. أما ثانيهما فهو للزام بتحقيق غاية بذاتها، فلا يستكر تسليمها قد تم صحيحاً إلا إذا تمكن مشتريها من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يستول عليها استيلاء مادياً.

وقد قدر المشرع أن امتناع البائعين للعين دون مقتضى عن تسليمها، ليس إلا صورة من صور التكبيل في الأعم من الأحوال، يقرنها انتفاعهم بالأعيان التي باعوها، واحتفاظهم بشئها دون مقابل يعود علي مشتريها منها، وإعادة بيعها أحياناً. فلا يكون التزامهم بالتسليم ناجزاً، بل متراخياً. ومن ثم تفضل المشرع بالجزاء الجنائي لحمل البائعين على إيفاء تعهداتهم ما استطاعوا، فلا ينطلق الطريق إلى إنقاذها، ولا ينال الجمود مسراها، وعلي الأخص كلما كان شراء العين بقصد استغلالها واستعمالها، ولما لأغراض الإسكان.

سابعاً: توخي المشرع بالجزاء الجنائي المقرر بالفترة المطعون عليها، مواجهة امتناع بائع العين عن تسليمها أو تراخيها في ذلك عن الموعد المحدد. وجعل المشرع إيقساع هذا الجزء مشروعاً بالآ يكون الإخلال بالالتزام بالتسليم ناشئاً عن سبب أجنبي. ولا مخالفة في ذلك للدستور،

ولو غاير النص الجنائي في مجال تطبيقه - بين أحكام المسؤولية الجنائية من جهة و المسؤولية المدنية من جهة ثانية. ذلك أن المسؤولية المدنية تتحقق إذا لم يتم التسليم كاملاً بحوث إذا هلك المبيع أو تلف قبل تسليمه، ولو بسبب أجنبي، ظل البائع مسئولاً.

ولا كذلك المسؤولية الجنائية المقررة بالفقرة للمطعون عليها. ذلك أن ما تفاه المشرع من وراء تقرير هذه المسؤولية، هي أن يرد عن التعامل المشروع في الأعيان التي عاها، أبواباً ينفذ التعامل منها. فإذا انقطع دهره لعذر قام بباطمها، وحال دون تسليمه العين لمشتريها في الموعد المحدد، فإن اعتباره مسئولاً جنائياً عن عدم تسليمها، يكون أمراً مخطوفاً دستورياً. ذلك أن وقوع جريمة ما، يفترض إرادة ارتكابها^(١).

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية"، تقرر المحكمة الدستورية العليا أن حق من يملكون الأعيان الموجهة في استغلالها من خلال عقود إيجار يبرمونها في شأنها، موداه حريتهم في اختيار من يستأجرونها، وكذلك في تحديد أوجه استعمالها، فلا يغير مستأجروها هذا الاستعمال بإرادتهم المنفردة للتحويل الأماكن التي اتخذوها يسكنها إلى أماكن مهيأة لغير أغراض السكنى بغير موافقة ملاكها، وهو ما يناقض الدستور. ذلك أن حق المستأجر لأزال حقاً شخصياً مقصوراً على استعمال عين بذاتها بما لا يجاوز الغرض من الإجارة.

فلا يمتد إلى سلطة تغيير استعمالها بغير موافقة ملاكها، وبالمخالفة لشرط اتصال بالإجارة صريحاً كإن هذا الشرط أو ضمناً - حكماً جاوز هذا الشرط الحدود المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية - في صحيح بنائها - بنواتها^(٢).

تلك صور من تدخل المحكمة الدستورية العليا لإنهاء القيود غير المبررة على حرية التملك. وهي بذلك ترعي جوهر هذه الحرية، وتقيم دعائها بما يكفل للإرادة الحرة حركتها في مجالها الطبيعي، فلا يتقيد المشرع أو ينال منها، إذ هي الأصل في الحرية الشخصية التي تعتبر إرادة الاختيار من أبرز ملامحها.

(١) أصدرت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٥٢ لسنة ٢٠ قضائية حكماً على نط حكمها الصادر في القضية ٤٨ لسنة ١٨ قضائية. وقد صدر الحكم الثاني في شأن من يؤثر للوحدة السكنية أكثر من مرة.

(٢) القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية" جلسة ٤ مارس ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٦٠ - ص ٥٠١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

الباب الثانيتشريعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائيةالفصل الأولالدولة وأزماتها الخطيرةالمبحث الأولطبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٢٣- ويظل أصلاً ثابتاً أن الأوضاع الاستثنائية، قد تبلغ وطنتها حد تهديد وجود الدولة ذاتها، أو تعطيل مؤسساتها عن مباشرة وظائفها. ومن شأن هذه الأوضاع -التي تواجهها بعض الدساتير بنصوص خاصة- أن تفرض قيوداً باهظة على حقوق المواطنين وحرياتهم، بقدر حدة هذه الأوضاع وتأثيرها على أكثر المصالح القومية أهمية، وليلغى اتصالاً بكيان الجماعة وتماسكها وتلاحم قومياتها، أو تكامل أجزاء إقليمها. وهو ما حرص الدستور الفرنسي على تنظيمه بنص المادة ١٦ -التي تقابل نص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر- ذلك أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي يجري بالصيغة الآتية:

"إذا تهددت مؤسسات الجمهورية أو تهدد استقلال الأمة، أو تكامل الإقليم أو تنفيذ للتعهدات الدولية، على وجه جسيم وحال، وكان السير المنتظم لسلطاتها العامة الدستورية قد انقطع، جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ -بعد التشاور مع رئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وكذلك المجلس الدستوري- التدابير التي تقتضيها الظروف، ويوجه رئيس الجمهورية بيانا إلى الأمة.

ويتعين أن تصدر هذه التدابير مستوحاة إرادة أن تعود المؤسسات الدستورية العامة إلى العمل لتحقيق المهام التي تتولاها في أقرب وقت مستطاع.

ويؤخذ رأى المجلس الدستوري في شأن هذه التدابير. وينفذ البرلمان بقسوة للقانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء مباشرة رئيس الجمهورية لهذه السلطة الاستثنائية".

٥٣٤- تلك هي المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي يراها بعض الفقهاء^(١) من إحياء الجنرال ديغول، وأنها في حقيقتها دستور داخل الدستور. ولئن صح القول بأن ما تتوخاه هو ضمان بقاء الدولة إذا واجهتها مخاطر من طبيعة استثنائية، إلا أن صيغتها تقتصر إلى التحديد؛ وإلى ضوابط لا تحصل للتأويل، وإلى صورة واضحة تتكامل بها أجزاؤها، ولا تظهر حقيقة أبعادها إلا من خلال تطبيقها.

ولم تعرض اللجنة الدستورية الاستثنائية على مشروع هذه المادة التي ناقشتها في حضور الجنرال ديغول. وكان غريبا ألا تثير تساؤلا حول حقيقتها كحصن يتأني على مفاهيم دستورية تقليدية اعتنقتها فرنسا دوما، مانعة بها رئيس الجمهورية من احتكار مظاهر السلطة في يده، ولو واجهته أوضاع استثنائية تقارنها بمخاطر داهية. ذلك أن صون الدولة من عوارض تهدها، وإن كان مطلبا حيويا، إلا أن أفراد رئيس الجمهورية يدفعها من خلال تدابير يتخذها، يناقض طبيعة النظم الديمقراطية، ويقوض بنياتها. إذ يؤول إلى تركيز السلطة بدلا من توزيعها وتفرقها. وفي ذلك خطر كبير على الديمقراطية إذ يفتح بها إلى أعاصير لا تؤمن عواقبها.

ولعل الجنرال ديغول - وقد جاهد بضراوة لتحرير فرنسا من النازية- أراد أن يكرس من جديد -من خلال نص المادة ١٦ المشار إليها- المفاهيم الشخصية التي آمن بها، والتي تقوم على محور الدولة حول رئيسها أو زعيمها، وتجمعها ورامه باعتباره كلالا استقلالها واستقرارها، ورمز كرامتها الأعلى، وصمام أمنها في مواجهة المخاطر على اختلافها. حتى إذا دهمتها، ظل طودا منتصبا وشامخا يشق لها طريقها من جديد، لتعود إلى مباشرة وظائفها التي عطلتها هذه المخاطر، أو قهرتها.

وكان ضروريا بالتالي أن تصاغ المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من خلال مفاهيم إجمالية لا تسعها في كل تطبيقاتها؛ ولا تستغرق صور الأوضاع الاستثنائية التي تولجها الدولة جميعها، ولا تحيط بكل جوانبها وأقطارها.

ذلك أن أحكامها تصور درجة من المخاطر العريضة في مماسها بأعق المصالح القومية وأكثرها أهمية.

(١) Jean chatelain, la constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, pp. 541-553.

٥٣٥- ومن ثم كان مناه تطبيقها لاجتماع شرطين فيها:

أولهما: أن تبلغ هذه المخاطر في عنفها وقوتها وقداحتها، حدا يؤكد جسامتها وإضرارها المباشر بمصالح قومية حيوية، فلا يكون أثرها ضئيلا؛ ولا توقعها متصورا، لتظهر خطورتها من زاوية طبيعتها المفاجئة من جهة؛ وتعدر دفعها بالوسائل القانونية المعتادة من جهة ثانية، بما يجعلها مخاطر وخيمة صوابها، ماثلة بنظرها وعمق وطأتها.

ثانيهما: أن يكون من أثر هذه المخاطر -في صلتها بالدولة- انقطاع مؤسساتها الدستورية العامة عن مباشرة وظائفها.

وليس شرطا أن تصيبها جميعا بما يطلها في كل جوانبها، ولا أن تحيط بها بصورة كاملة تعجزها تماما عن العمل.

وآية ذلك أن الثورة التي قام بها فريق من الجيش الفرنسي في الجزائر انقلابا على حكومتها الشرعية، لم تعطل الحكومة القائمة في الوطن الأم، أو تعجزها عن مباشرة وظائفها، ولا أفقدتها القدرة على مجابهة هذه الثورة، ومحققا بالقوة.

بيد أن مجرى الإعلان عن هذه الثورة، وتعبئها على الحكومة للشرعية في الجزائر، كان نذير خطر على الجمهورية يهدد بالقتلح أسسها، ومحو كيالتها. وكان ضروريا بالتالي مولجتها بوسائل استتلاكية تلاكمها.

وفي إطار هذين الشرطين، كان منطقتا أن تفسر المادة ١٦ من الدستور الفرنسي بما يكفل مرونتها، ويؤكد اتساعها لأوضاع استتلاكية يستحيل حصرها، وإن كان لها خطرها. فلا يكون رصد هذه الأوضاع وتكوينها في الدستور، مفيدا أو صليا أو ممكنا. إذ هي مخاطر من نوع خاص، تتداح عواقبها بما يؤكد تراميها، واتساع دائرتها، وعمق أثارها وتتبعها، فلا يكون القتلح جنورها إلا تعبيرا عن رفض القبول بها، وضرورة وأدما في مهدها، أو توقي تقاوم نتائجها.

وإذا كان ديجول قد أخذ ثورة رجال الجيش في الجزائر، وكان قائمتها قد فروا هاربين أو اعتقلوا، وامتنل من تبعهم من الجند لكلمة القانون، إلا أن ذلك قد تحقق من خلال نص المادة ١٦ من الدستور التي دخل تطبيقها -لأول مرة- حيز التنفيذ.

٥٣٦- وقام الدليل بصورة واضحة -ومن خلال هذا التطبيق- على أن من الصعوبة بمكان، تحديد الأوضاع الاستثنائية التي تولجها الدولة في زمن معين؛ وأن بيان ماهية هذه الأوضاع إما يتأتى من منظور مفاهيم إجمالية تنسب بها، ولا تفصلها، أو تحدها بصورة قاطعة.

ولا كذلك الشروط الشكلية التي أحاط بها الدستور نص المادة ١٦ المشار إليها. ذلك أن الدستور بينها بصورة جلية لا خفاء فيها بما لوجهه على رئيس الجمهورية من أن يستنير - قبل مباشرته لسلطته الاستثنائية المنصوص عليها في هذه المادة -بآراء تخالفها الصبغة السياسية والقانونية.

فالآراء القانونية هي التي يبدئها المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية في شأن موضوع التدابير التي قرر اتخاذها. وهو يحصل على المعونة السياسية من أهلها الذين يمثلهم رئيس مجلس الوزراء، ورئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. فلا تزيد هذه الآراء السياسية والقانونية عن مجرد مشورة يبدئها أصحابها لرئيس الجمهورية في شأن توافر الشروط الموضوعية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور أو تخلفها.

ومن ثم تلور الشروط الشكلية التي تتحصر أساساً^(١) في أخذ آراء الأشخاص الذين عينتهم هذه المادة، صورة من صور الرقابة القانونية والسياسية على تقدير رئيس الجمهورية في شأن تحقق الأوضاع الاستثنائية وإمكان التدخل لمواجهتها بتدابير من جنسها.

وتبدو أهمية الرقابة القانونية، في أن المشرع أصدر في ١٩٨٥/١١/٧ قانوناً عضوياً توخى به أن يكون مكملاً لنص المادة ١٦ من الدستور، وذلك بما تنص عليه المادة ٣٨ من هذا القانون، من أن الآراء التي يبدئها المجلس الدستوري الفرنسي في شأن موضوع التدابير التي يعترف رئيس الجمهورية اتخاذها، بتعين تدبيرها ونشرها.

بما يوفر ضمانات جوهرية غايتها ألا تنفصل هذه التدابير عن موجهاتها، وألا تكون شرعيتها الدستورية -حتى في إطار المفاهيم التي تقتضيها الأوضاع الاستثنائية- مشكوكاً في صحتها.

(١) من بين الشروط الشكلية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، أن يوجه رئيس الجمهورية رسالة إلى الأمة.

وإذا كان نص المادة ١٦ من الدستور، قد فرض صوراً من الرقابة القانونية والسياسية على رئيس الجمهورية على نحو ما قدمناه، فإن حكمها قيده كذلك بنوع من الرقابة الشعبية. يتمثل في توجيه رئيس الجمهورية رسالة إلى مواطنيه ينبئهم فيها بالأوضاع الاستثنائية التي يعيشها الوطن.

ومن المفترض في رسالته هذه، أن يكون مضمونها محدداً -على الأقل- من جهة الخطوط الرئيسية لهذه الأوضاع، وطبيعة المخاطر التي تقارنها، ونوع أو مجمل التدابير التي تتخذ لإنقاذها، وأن يقع ذلك كله بقر كبير من الوضوح.

تلك هي الشروط الشكلية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور من الزوايا السياسية والقانونية والشعبية. وبطل ثابتاً أن هذه المادة لا يرتبط نطاق تطبيقها بمفاهيم جامدة؛ ولا بقم نظرية مجردة صاغها أصحابها بعيداً عن الحقائق الواقعية.

ذلك أن الناحية التطبيقية لتلك المادة، هي التي تبين صور اللجوء إليها؛ والضوابط التي ينبغي أن تحكمها؛ وكذلك مظاهر قصورها؛ وعلى الأخص فيما يتعلق بدور البرلمان بعد إعلان رئيس الجمهورية عن قيام أوضاع استثنائية خطيرة في أثارها، وهو ما نعالجه تبعاً في المباحث الآتية:

المبحث الثانيتصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٧- يتخذ تصور المادة ١٦ من الدستور الفرنسي على جوانبها الفنية- مظاهر ثلاثة؛ يتعلق أولها بكيفية إنفاذ حكمها؛ وثانيها بمضمون التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يتخذها بمناسبة تطبيقها؛ وثالثها بزمان بقاء هذه التدابير بعد انتهاء الأوضاع الاستثنائية التي تطلبها.

المطلب الأولكيفية إنفاذ حكمها

٥٣٨- يأتي تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في إطار مفهوم عام يعطى لرئيس الجمهورية مركزا حيويا في الدولة.

وهو مفهوم يبلوره كذلك نص المادة (٥) من هذا الدستور التي تجعل رئيس الجمهورية أمينا على احترام الدستور؛ كافلة للدولة استمرارها؛ وحكما بين سلطانها لضمان انتظامها؛ وحارسا لاستقلالها، بصون كامل لإقليمها، ويصل على تنفيذ تعهداتها الدولية.

وهذا المركز الخاص لرئيس الجمهورية، هو ما ترمده الأفكار التي تقوم عليها المادة ١٦ من الدستور، والتي تنقسم بتركيز سلطة استثنائية خطيرة أبعادها في يد رئيس الجمهورية، وكذلك بقموضها في شأن ضوابط الأوضاع الاستثنائية التي تحق بالدولة وتسوغ تطبيقها. فضلا عن تجهيلها بمظاهر انقطاع مؤسساتها عن السير المنتظم.

ويزداد الأمر غموضا من ناحيتين:

أولاهما: أن الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة وتدهمها لتحيط بها، قلما يكون توقعها ممكنا، سواء في نذرها أو في مجال الدائرة التي تمتد إليها آثارها، وعلى الأخص بعد تطور المخاطر في حقتها، وتعقد الوسائل الطمعية التي تقضى إليها، وإمكان وقوعها دون بصير بمقدماتها، لا سيما بعد تطور الطاقة النووية؛ وتزايد فرص استخدامها في الأعمال الحربية أو الانتقامية؛ وإمكان شراء بعض الدول لها بالمال؛ واتساع مفهوم الجريمة في أشكالها المنظمة،

ونظمها السرية، وضرياتها المفاجئة في إطار خطط أحكم تديرها مع تندر السيطرة عليها بالنظر إلى خفافها.

وصار ثابتاً -على ضوء ما تقدم- أن التنبؤ بكل صور المخاطر، يكاد أن يكون أمراً مستحيلاً، وأنه حتى مع توافر بعض الذر التي تعتبر من إرهاباتها، إلا أن تشخيصها وتوقفاً على كامل أبعادها، كثيراً ما يكون وهماً.

ثانيهما: أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، يثير من ناحية أخرى صعوبة تنطبق بالشروط الموضوعية لتطبيقها.

ذلك أن المخاطر التي تعرض للدولة، لا تصل جسامتها إلى حد تعويق مؤسساتها عن مباشرة وظائفها.

ومن ثم حرص الدستور الفرنسي على أن يعتبر انقطاع مؤسساتها هذه عن السير المنتظم محدداً على ضوء خصائص نشاطها، شرطاً مضافاً إلى شرط حدة المخاطر التي تحيط بالدولة وتهدد استقرارها، فلا تقوم الأوضاع الاستثنائية التي تبرز تدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها إلا باجتماع هذين الشرطين.

بيد أن نص المادة ١٦ من الدستور خلا من كل تحديد لمفهوم انقطاع المهام التي تقوم الدولة عليها من خلال سلطاتها الدستورية، وإن تحين القول بأن هذا الانقطاع، ولو لم يكن كاملاً، إلا أن تدخل رئيس الجمهورية لمواجهته يظل مبرراً، كلما نجم عن عوارض خطيرة في نوعها وآثارها إذا كان لا يستطاع توقعها، وكان لها من وطأتها وغلواها، ما يجعل التدخل بالوسائل القانونية المعتادة لإزالتها، عتيماً.

وتظل الشروط الشكلية التي فرضها نص المادة ١٦ من الدستور كقيد على مباشرة رئيس الجمهورية لمسلطاته الاستثنائية، أكثر شروط تطبيق هذه المادة وضوحاً وأقطعها في بيان متطلباتها.

بيد أن هذه الشروط ذاتها التي أحكم الدستور صياغتها ليحدد دلالتها تحديداً جازماً، يعيها أن جمودها يفترض بالضرورة أن تتوافر جميعها قبل أن يقض رئيس الجمهورية بيده على أكثر

مظاهر السلطة خطورة، وأعمقها أثرا في حياة المواطنين وحررياتهم. وهو الافتراض كلما يتحقق على الأخص في حالتي الغزو الخارجي أو العصيان الداخلي إذا كان من شأنهما اعتقال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ مثلا، أو اقتحام للمجلس الدستوري بما يعطل مباشرته لوظائفه جميعها، فلا تكون للشرط الشكاية التي تطلبها المادة ١٦ من الدستور، إلا مجافية لحقيقة بعض الأوضاع الواقعية، وحائلا دون مرونة مواجهتها بالتدابير اللازمة.

المطلب الثاني

حقيقة التدابير التي يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

يحيط بهذه التدابير قيدان:

٥٣٩- أولهما: قيد موضوعي مؤداه، أن تصدر التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في مجال تطبيقه لنص المادة ١٦ المشار إليها، عن إرادة توفير الوسائل الكافية التي تعود بها كل سلطة دستورية ردون ما إهطاء- إلى مباشرة وظائفها^(١). وهذا القرض المخصص، هو ما يتعين أن تتوخاه تلك التدابير، فلا تعمل لتحقيق سواء، وإلا كان ذلك انحرافا من رئيس الجمهورية عن حدود سلطاته الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ١٦ من الدستور. وهي حدود تنحصر في إعادة النظام إلى الدولة من زوية دستورية. ولا تخول رئيس الجمهورية بالتالي تعديل الدستور انقلابا على أحكامه^(٢).

(١) يلاحظ أن الانقلاب الذي وقع في الجزائر من قبل فريق من الجيش الفرنسي، لم يستمر أكثر من أربعة أيام، وفي السادس والعشرين من أبريل ١٩٦١ استعادت الحكومة الشرعية سلطتها بعد أن انتفت حولها أغلبية الشعب الفرنسي، وقطاع كبير من الجيش. ومع أن الحرب في الجزائر لم تكن قد انتهت بعد، إلا أن العودة إلى الشرعية الدستورية هي التي مكنت الشعب الفرنسي من التكتل حول الجمهورية الخامسة، ولقد فوض الشعب -من خلال استفتاء عام- الرئيس ديغول في اتخاذ التدابير الملزمة لضمان حق تقرير المصير للجزائريين.

(٢) يقول الأستاذ ودي ثابت خبريل في ص ٧٤ من رسالة الدكتوراه التي أعدها حول موضوع سلطات رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة ٧٤ من الدستور والرقابة القضائية عليها، بأن من غير المنطقي أن يقتن الدستور نظرية دستورية ينتهي إعمالها إلى المساس بأحكامه حيث لا يصوغ أن تمحو أحكام الدستور بعضها بعضا ولا أن تتناقض.

والذين يقولون بجواز تعديل رئيس الجمهورية للمستور تأسيسا على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضيتة^(١) Heyries من أن اختصاص رئيس الجمهورية بتنفيذ القوانين، يفيد إمكان الامتناع عن تطبيقها - سخطون - ذلك أن تنفيذ رئيس الجمهورية للقوانين بما ليس فيه تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها، يعتبر واجبا دستوريا لا ترخص فيه. وليس الامتناع عن تطبيق القانون إلا إهدارا سلبيا لأحكامه، لا يقل سوءا عن مخالفتها بالخروج عليها. ولا يجوز بالتالي أن يعزل رئيس الجمهورية للقضاء الذين كفل الدستور حصانتهم، ولو بادعاء تردهم على الدولة وحضهم على عصيانها. ذلك أن تكديهم لا يجوز أن يقع إلا وفقا للمستور والقانون.

ثانيهما: قد شكى مؤداه، أن كل إجراء يتخذه رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٦ من الدستور، يعتبر قرارا يشر في الجريدة الرسمية لضمان اتصال الكلفة بمضمونه وترتيبههم بفحواه.

وليس بشرط أن يوقع على هذا القرار - إلى جوار توقيع رئيس الجمهورية - رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسئولين - كل فيما يخصه Contresigner.

ذلك أن المادة ١٩ من الدستور تقتضى بأنه فيما عدا أعمال رئيس الجمهورية الصادرة وفقا لأحكام المواد ٨ / ١٠، ١١، ١٢، ١٦، ١٨، ٥٤، ٥٦، ٦١ من الدستور، يوقع رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسئولين عند الاقتضاء، على كل قرار يتخذه رئيس الجمهورية.

ودلالة هذا الاستثناء، أن التكايير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٦، لا تحتل للتأخير بطبيعتها بالنظر إلى الأوضاع التي تلتبسها. فإذا عرضها رئيس الجمهورية على رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المختصين، وترىص توقيعهم عليها، زال عنصر المفاجأة عنها، فلا يكون وقعها مؤثرا في إجهاض المخاطر التي أفرزتها الأوضاع الداهية التي تحيط بالدولة، وتهدد بتقويض سلطاتها الدستورية.

ولو أن المناوتين للدولة، أدرخوا التكايير التي قرر رئيس الجمهورية اتخاذها قبل سريان مفعولها، لربما تحوطوا توكيا لأغلاها، بما يجردها من كل فائدة عملية يرتجيبها رئيس الجمهورية منها.

(١) صدر حكم المجلس في ٢٨ يونيو ١٩١٨.

كذلك فإن استثناء هذه التدابير من الأصل المقرر بنص المادة ١٩ من الدستور، مؤداه إطلاقها من القيود التي تنافي طبيعتها، أو تعطيل الأغراض المقصودة منها، والتي لا يندرج تحتها استشارة المجلس الدستوري في شأن موضوع هذه التدابير^(١) Consulté ou sujet des mesures prises.

المطلب الثالث

زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التدابير التي تتصل بها

٥٤٠- يقدر رئيس الجمهورية -في نطاق سلطاته التقديرية، وحدود سلطاته السياسية- تحقق الأوضاع الاستثنائية أو تخطئها، ويحدد كذلك نوع التدابير التي يجوز أن يتخذها لمواجهةها. ذلك أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور، استثنائية بطبيعتها. وهو يترخص في مباشرتها. لإنهاء أوضاع خطيرة قدر عواقبها. ويفترض عقلا بقاء هذه الأوضاع إلى أن يقرر رئيس الجمهورية زوالها.

ولا كذلك ما يتخذه رئيس الجمهورية من التدابير التي قدر ضرورتها لمواجهة مخاطر قائمة وعاصفة من شأنها تهديد الدولة في عناصر وجودها، وأخصها مؤسساتها التي لا يجوز تعطيل وظائفها.

ذلك أن الذين يذهبون إلى سقوط هذه التدابير، وزوال كل أثر لها بمجرد إعلان رئيس الجمهورية عن إنهاء الأوضاع الاستثنائية التي تقتضيها، لا يميزون بين ما يكون من هذه التدابير فرديا، وما يتخذ منها صورة للقواعد القانونية. إذ يسقطونها في كل أشكالها سواء كان نوعها- تبعا لزوال الضرورة التي قارنتها.

ووجهة النظر هذه يعيبها، أن التدابير الفردية تتعلق في الأعم من تطبيقاتها بأشخاص بذواتهم كان لهم دور في التحريض على العصيان أو تكديره، أو في تعطيل السلطة الدستورية في الدولة، سواء بالقوة أو بالتهديد باستعمالها، بما يمنحها من مباشرة وظلتها. ومن ثم كان منطقيا أن تبقى هذه التدابير-الشخصية في طبيعتها وخصائصها- حتى بعد انتهاء المخاطر، كجزاء على أفعال قارفها مرتكبوها. شأنها في ذلك شأن للتدابير الفردية التي تصدر في مجال تطبيق القاعة

(١) يصدر رئيس الجمهورية ديباجة كل تدبير بالعبارة الأتية: le conseil constitutionnel consulté بمبادرة le conseil constitutionnel entendu دون أن يعرف أحد كنه الخلاف بين هذا التعبير أو ذاك.

القانونية على المخاطبين بها، إذ تظل هذه التدابير محمولة على صحتها حتى بعد تعديل هذه القاعدة أو محوها.

فإذا لم يكن للتدبير فرديا، بل كان في شكل قاعدة قانونية مجردة، فإن الافتراض بقائه بعد زوال هذه المخاطر، يكون عملا مخالفا للقانون أو الدستور. إذ الضرورة تقدر بقدرها، ولأن كل سلطة استثنائية ينبغي حصرها في حدود الأغراض المقصودة منها.

ويفترض في القواعد القانونية التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة مخاطر بنواتها، أنها تدابير تقتضيها الضرورة التي أملتها. فإن لم يعد لهذه المخاطر من وجود، دل ذلك على استنفاد هذه القواعد لأغراضها^(١).

(١) أنظر في ذلك من ١٩٤٥ من المقالة التي نشرها Jean Chatelain في الطبعة الثانية من مؤاته وعنوانه

للمبحث الثالث

دور البرلمان في تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٤١- وحتى يقبض رئيس الجمهورية بيده على كل مظاهر السلطة التي يتحول بها في الأعم من الأحوال طاعيا مستبدا بالمعنى الحرفي للفظيان، حرص الدستور على تأكيد أهمية وجود البرلمان أثناء مواجهة الدولة لأوضاع استثنائية تصيبها في جوهر مقوماتها، وأخص وظائفها، وتحيطها بأعمق أزماتها، وأكثرها حدة.

وقد حقق الدستور مقصده في ذلك من خلال شرطين نابعين من نص المادة ١٦ التي أبرز الدستور بها ميتين لا يجوز التفريط فيهما:

أولهما: أن البرلمان يتعين أن يعتقد بقوة القانون.

ثانيهما: أن الجمعية الوطنية لا يجوز حلها أثناء قيام هذه الأوضاع الاستثنائية.

وقد توخى الدستور من هذين الشرطين ردع السلطة التنفيذية، وحملها على التقيد بالحدود التي ضبط بها ولايتها الاستثنائية، حتى لا تتسلط من خلالها على حقوق المواطنين وحرياتهم، بما يبددها أو يرهقها بصورة خطيرة.

ولتحقيق هذا الغرض، عطل الدستور سلطة رئيس الجمهورية في حل للجمعية الوطنية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من مادته الثانية عشرة. وجعل انعقاد البرلمان واجبا دستوريا، حتى يبصر الأوضاع الاستثنائية بمخاطرها الملتهبة، ويناقشها ثم يقدم الحلول التي يستصوبها لمواجهةها، وإن ظل لرئيس الجمهورية وحده أن يتخذ ما يراه من التدابير التي يستسيبها لمواجهة هذه الأوضاع.

إذ لو زاحمه البرلمان فيها، أو استقل بها، لعطل ذلك السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. فضلا عن أن الأصل في السلطة، أن يشارها من فوضه الدستور فيها، مستهدفا في ذلك بما يراه مقبدا من الآراء، وكذلك بكل اقتراح يعينه عليها. ولو جاز القول بوضعية يفرضها البرلمان على التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور ليقرر جدواها أو ملاءمتها، لحل محل رئيس الجمهورية فيما يراه ضروريا

منها^(١) وقد يكون ذلك مدخلا لصراع عميق بينهما، بما يضر بالمصالح القومية في أصق توجهاتها.

ذلك أن التعاون على المخاطر لردما على أعقابها، أولى من تعطيل السلطة الاستثنائية التي اختص الدستور بها رئيس الجمهورية وحده، والتي ما أفرده بتحملها، إلا على تقدير أن يبدء -دون غيره- أفضل الوسائل التي يرد بها مخاطر قائمة ويجهضها.

وقد حدد الدستور الفرنسي -نص المادة ١٦- أمرين يتعين التوفيق بينهما:

أولهما: اختصاص رئيس الجمهورية بمجابهة أوضاع استثنائية لها مخاطرها المقلوع بها، وعواقبها التي لا يستهان بها^(٢).

وثانيهما: ضرورة دعوة البرلمان إلى الاعتقاد، واستنكاح حل الجمعية الوطنية أثناء قيام هذه المخاطر.

والأمران كلامهما واجبان بحكم الدستور. فلا يعطى البرلمان اختصاص رئيس الجمهورية، ولا يكون وجود البرلمان إجراء رمزيا عقيم الفلكة.

والتوفيق بين الأمرين مقتضاه، أن يعاون البرلمان رئيس الجمهورية، لأن يساجزه في النهوض بالمسئولية الخطيرة التي يتحملها وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. وهي معاونته تتمدد

(١) في الرسالة التي وجهها الرئيس ديغول إلى مجلسي البرلمان بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٦١ ذكر رئيس الجمهورية أنه في مواجهة الظروف الحالية -يقصد بها تمرد وحدات من الجيش الفرنسي الموجود في الجزائر- لم ين وضع نص المادة ١٦ من الدستور موضع التطبيق لأن يؤثر على نشاط البرلمان، ولا على مباشرته لسلطته في التشريع والرأية، وأنه انطلاقا من ذلك، تظل قائمة العلاقة بين البرلمان والحكومة تحت عدم تطبيقها بالتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية تطبيقا لنص المادة ١٦ من الدستور.

.....De ce fait, les rapports du gouvernement et du parlement, doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu' il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16.

(٢) رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، وهو يرأس المجالس واللجان العليا للدفاع عن الوطن (مادة ١٥ من الدستور) وهو يمين الموظفين المدنيين والعسكريين ويمثل الحكومة في الأراضى الواقعة فيما وراء البحار (مادة ١٣ من الدستور). وعلا بالنص المادة ١٨ من الدستور يتصل رئيس الجمهورية بمجلسي البرلمان من خلال رسائل يوجهها لهما.

أشكالها، ويندرج في إطار صورها، أن يعمل البرلمان إلى جانبه، داعماً إياه بكل الوسائل التي يملكها، ومن بينها الحقائق التي يقدمها إلى رئيس الجمهورية كي يتخذ علي ضوئها، أكثر التدابير مناسبة للأوضاع القائمة.

فلا يكون البرلمان إلا الوجهة الخلفية لرئيس الجمهورية، لا ليفرد بالسلطة -استقطاباً لها- وتسلطاً عليها أو بها- وإنما ليبشرها في حدود أمانة لا تخل بقوة الردع في مواجهة هؤلاء الذين يعمدون إلى الإضرار باستقلال الدولة، أو الانقلاص من تكامل إقليمها، أو الانقضاء على وحدة شعبها، أو الإخلال بتعهداتها الدولية، وبما يعوق مطامعها الدستورية عن العمل في صورة منتظمة^(١).

(١) Jean Chatelain, Professeur émérite à la université de Paris(1), in la constitution de la republique française (analyses et commentaires) 2e édition, pp. 541-553; Georges Berlia, le contrôle du recours à l'article 16et de son application, Revue de Droit Public, 1962, p. 288; George Morange, le contrôle des décisions prise au titre de l'article 16, Dalloz, 1962, Chronique XV111, p. 109; la documentation française, textes et documents sur la pratique institutionnelle de la ve republic, pp.113et à 120; Avis et débats du comité consultatif constitutionnel (travaux préparations de la Constitution) la documentation Française, 1960).

المبحث الرابع

تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها

٥٤٢- لا شبهة في أن تأسيس سلطة رئيس الجمهورية في موضوع معين على نص في الدستور، أفضل من ممارستها بغير نص.

كذلك فإن مجاوزة رئيس الجمهورية حدود ولايته التي بين الدستور تخوفاً، وإن دل على اغتصابه السلطة وانتزاعها بغير حق، فإن وجود نص في الدستور يحدد أغراضاً بذواتها يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطاته الاستثنائية وفقاً لحكم المادة ١٦ المشار إليها، مؤداه ضرورة تقيده في ممارستها بهذه الأغراض عنها. فإن جاوزها رئيس الجمهورية، كان ذلك انحرفاً بالسلطة عن أهدافها.

ولا جرم في أن لنص المادة ١٦ من الدستور فائدة عملية من ناحيتين:

أولاهما: أنها تكفل لرئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الملائمة، لإجهاض فتنة قبل استئصال دائرتها، ولتعتيقها في أسبابها ومسحقتها بعد البصر بواقعتها.

ثانيهما: أنها تكفل تكفل المواطنين حول الشرعية الدستورية التي يعتبر رئيس الجمهورية رمزاً لها. فلا يتصلون من التدابير التي يتخذها لدفعها، ولا يقعون بالجهود التي يبذلونها عن واجبهم في محق كل عدوان على هذه الشرعية.

بيد أن نص المادة ١٦ من الدستور خطاياها، وأبرزها تجميعها كل مظاهر السلطة الاستثنائية في يد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قسرية أو وقائية في طبيعتها؛ بعدة في مداها من جهة نطاقها، خطيرة في آثارها من ناحية مساسها بحقوق المواطنين وحرياتهم بصورة جوهرية.

وكثيراً ما تنقد هذه التدابير تناسبها مع نوع وحدة المخاطر التي تقابلها وتواجهها.

وقد يصور رئيس الجمهورية -ومن أجل الإقناع بالتدابير التي ارتأها- الأوضاع القائمة على غير حقيقتها، وبما يكفل تزييفها تشويقاً لها.

وقد يعتمد رئيس الجمهورية بمفاهيم الردع التي لا تقتضيها الضرورة، فلا تكون التدابير التي اتخذها غير خطوة ديمقراطية لا محل لها.

وقد يعتمد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قسرية يتخذها، إلى تأكيد سلطته حتى يتمحور الدولة بكل سلطاتها وتوجهاتها من حوله، فلا تنصاع لأجهزتها لغير أوامره لتلقاها صاغرة، بما يجعل استكانتها حلقة في ديكتاتورية بغضه لا مكان فيها للتحدية بكل أشكالها وقيمها.

وإذا كان الأصل في التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في نطاق المادة ١٦ من الدستور، ألا توجهها العوامل الشخصية، فإن المصالح الضيقة لا يجوز كذلك أن تكون باعثها.

وما نراه في نص المادة ١٦ من الدستور، وما يقابلها من النصوص في الدساتير الأخرى كنص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية، أن من يبشرون السلطة الاستثنائية التي تفولهم إياها هذه النصوص، قد ينحرفون بها عن أهدافها الرئيسية، فلا يلتزمون في مباشرتها بحدود هذه السلطة، وإنما يعبرون من خلالها عن إرادة القهر والطغيان التي لا تنتفع بها للشرعية الدستورية طرائقها ومناهجها، وإنما تنطق بأبوابها، وربما بصورة نهائية وكاملة.

فالسطة حددا السلطة التي تقابلها. وهي في مقابلتها لها توازنها وتقوم اتجاهها وتردها إلى صوابها.

والذين يقولون بالمعصية من الخطأ في كل رئيس للجمهورية، يفترضون كمال النفس الإنسانية، واستواءها دوما على الحق، وهو الفراض تنقضه الحقائق التاريخية.

وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير لا تتحمل التأخير، ولها من الحسم ما يؤكد فعاليتها، فإن سلطاته هذه لا يجوز بالضرورة- أن يقيمها نص عريض في معانيه، مفرد في أبعاده، كنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي.

ولئن جاز القول بأن الأغراض التي تتوخاها هذه المادة لها من نبيلها وموالاتها ما يجعلها قيدا على السلطة الاستثنائية التي يبشرها رئيس الجمهورية لتحقيقها، إلا أن مجرد تركيز هذه السلطة في يد رئيس الجمهورية، يثير شهوة تحريفها للخروج بها عن أهدافها.

كذلك فإن مجرد إبطال تلك المادة برأسها فيما بين نصوص الدستور، يؤيد الانطباع بالأهمية البالغة لمركز رئيس الجمهورية باعتباره نقطة الارتكاز في الدولة، وبواسطة عقدها، وبصورة اهتماماتها، ومعتقد كل أمر يتصل بها.

فلا تكون غير إغواء بمزيد من السلطة يطلبها رئيس الجمهورية ويستحوذ عليها، ليظهر نص المادة ١٦ من الدستور -ومن خلال تطبيقه- باعتباره مرتبطا بالأوضاع الاستثنائية برباطة مصطنعة لا حقيقية.

ومن ثم تلقى هذه المادة ظلالتها حتى في الأوضاع الطبيعية التي لا تغالطها مخاطر لما كان نوعها. وبها يكون رئيس الجمهورية شبيها بالقلاع التي يتعذر اقتحامها. يؤيد ذلك، ما وقع من تمرد من بعض فرق الجيش الفرنسي في الجزائر. فقد أعلن هذا التمرد من قِبل رئيس الجمهورية بعد أن واجهه نص المادة ١٦ من الدستور التي أعاد رئيس الجمهورية من تطبيقها في تأكيد سلطته أكثر من إسهامها في إخماع التمرد، ورد الأمور إلى نصابها. ذلك أن هذا التمرد كان خائبا، مقفرا إلى أغلبية شعبية تؤكده؛ وإلى قوة كافية تؤيده.

وكان منطقيا بالتالي أن يصير منتهيا بعد فترة لا تزيد عن أربعة أيام من وقوعه.

ولعل أسوأ مضار المادة ١٦ من الدستور، أنها لا تمهد فقط للسلطة الشخصية، أو تسهل إغراءاتها، أو توفر أساليبها، ولكنها كذلك تكرسها وتحيلها نمطا ثابتا للحياة اليومية، ونهجا مضطودا في بناء مراكز للقوة لا يحميها الدستور؛ وإنما يعتصم بها رئيس الجمهورية ليجد في كلها الوسائل الكافية لإنهاء كل صراع دخل في بين سلطتين سياسيتين، ولو كان هو إحداها.

وإذا جاز لرئيس الجمهورية أن يبتشر في إطار نص المادة ١٦ من الدستور سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، خطيرة في نتائجها، عميقة في حصادها، لذلك بافتراض استغلالها في الأغراض التي يرصدها الدستور عليها.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يتخذ من مجرد تكوينها في الدستور، مبررا لمحبها إلى أوضاع لا تسعها، وليس لها شئ من خصائص الضرورة الملحة ومتطلباتها القاهرة؛ كحل أزمة سياسية داخلية تتكفل الوسائل القانونية المعتادة بفضها.

ولئن قيل قديما بأنه كلما كان الناس أكثر تسليحا، كلما كانوا أقل ميلا إلى استخدام أسلحتهم.

Plus les hommes sont armés, est moins qu'ils sont tentés d'user leur armes. (لأن هذا

القول لا يستقيم في إطار نظم ديموقراطية تقوم في جوهرها على الحوار، والتفاهم، وقوة الإقناع

بالكلمة، فلا يفرض أحد على غيره إرادة من أعلى، ولو توهم صدارتها.

المبحث الخامس

نص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلتها

بقوم الشرعية في مدراجها العليا

٥٤٣- تنص المادة ٧٤ من هذا الدستور، على أنه إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية، أو سلامة الوطن، أو يحوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذته من إجراءات خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها.

وظاهر من نص هذه المادة، أنها مستوحاة من المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، إذ هي الوجه المقابل لها في دستور مصر. وهي بذلك تطرح عيوبها، وأهمها اتساع عباراتها وتعميمها، وغموض صياغتها وتحدد تأويلاتها، وعلى الأكل من جهة نوع ونطاق المخاطر التي يتكفل رئيس الجمهورية بمداستها، لاتخاذ التدابير التي يملكها وفقاً لنص المادة ٧٤ المشار إليها.

٥٤٤- ولعل أبرز مساوئها:

أولاً: أن حكمها لا يقيد رئيس الجمهورية بأخذ رأى جهة سياسية أو قانونية -لها كان موقعها- فيما يراه من التدابير قبل اتخاذها. وهي لا تسلي المحكمة الدستورية العليا -على الأخص- دوراً استشارياً في شأن هذه التدابير قبل تطبيقها، وإن كان لها بطبيعة الحال أن تفصل في دستوريته بعد صدورها إذا كان لها شكل القواعد القانونية.

ثانياً: كذلك ليس في نص المادة ٧٤ ما يكفل اتساع السلطة التشريعية بقوة القانون، ولا ما يمنع رئيس الجمهورية من حلها إتهاء لوجودها إن كان مباشرة لسلطاته الاستثنائية التي يؤسسها على نص المادة ٧٤ المشار إليها.

وهي بذلك سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، عميقة أغوارها، خطيرة في آثارها.

ولا يعتبر الاستفتاء المنصوص عليه في المادة ٧٤ من الدستور قدماً حقيقياً عليها.

ذلك أن نص هذه المادة، وإن أُلزم رئيس الجمهورية بعرض التدابير التي اتخذها على المواطنين لاستفتاءهم في القبول بها أو برفضها، إلا أن الاستفتاء في الدول النامية، كسائر دأئما تعبيرا هوجاليا عن إرادة المواطنين الذين يعملون أصواتهم للتدابير التي يعرضها عليهم رئيس الجمهورية بغیر بیان كامل يحيطهم بحقيقة مضمونها، ونطاق الآثار القانونية التي ترتبها وتؤثر في أوضاع حياتهم.

فلا يكون قبولهم بها بعد إدراكهم لحقيقتها، مما يثير شكوكا جوهريّة حول حقيقة رضائهم عنها.

ثالثا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور لا يخول رئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة أية مخاطر من شأنها الإخلال بتعهداتها الدولية ولو كان من بينها ما يتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية- والتي ماسا توحى للتصديق عليها، أو الانضمام لها ونشرها في الجريدة الرسمية، غير تطبيقها في النطاق الداخلي.

كذلك فإن من صور التعاقد الدولي ما يتعلق بالعلاقى بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون النكول عن تنفيذ المعاهدة أو وقفها بصفة مؤقتة أو إلغاؤها بعمل منفرد غير تقرير لمسئوليتها قبل الدول أطرافها.

وقد يثير الإخلال بصور التعاقد هذه، أشكالاً من الصراع بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون ترقبها بكل الوسائل، غير ضرورة يقتضيها ضمان استقلال مصر وتكامل إقليمها.

رابعا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور يجيز للتدخل بالتدابير الاستثنائية كلما قام خطر يهدد الدولة سواء تعلق بالوحدة الوطنية لشعبها، أو بسلامتها أو بتوقيق مؤسستها عن أداء دورها المقرر دستوريا.

بما مؤدها من ناحية جواز التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة كل خطر أيا كان مداه، ولـو لم يكن هذا الخطر جسما ومباشرا؛ وهما شرطان تطلبتهما المادة ١٦ من الدستور الفرنسي فى مجال تحديدها لنوع المخاطر التي تستهض تطبيقها.

وكذلك فإن مفاد نص المادة ٧٤ من دستور مصر، أن كل خطر يتعلق بالوحدة الوطنية، أو سلامة الوطن، يحتر كافيًا لاتخاذ التدابير الاستثنائية لمواجهته، ولو لم يكن من شأن هذا الخطر انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية. وهو ما يناقض نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي لا تنكفي في تطبيقها بوقوع مخاطر جسيمة ومباشرة يهدد بها استقلال الجمهورية أو تكامل إقليمها أو تنفيذها لمتعهداتها الدولية، بل يتعين كذلك - كشرط إضافي - أن يكون هذا التهديد، موديا إلى لقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية.

خامسا: أنه بينما حرص نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي على أن يحدد الأغراض التي لا يجوز أن تعمل عنها التدابير الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية، فحصرها في تلك التي تعود بها كل سلطة دستورية عامة - ودون ما إبطاء - إلى مباشرة وظائفها؛ فإن نص المادة ٧٤ من دستور مصر خلا من كل تحديد للأغراض النهائية التي يتعين أن يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطته الاستثنائية المقررة بموجبها.

سادسا: وأيا ما كان الأمر، فإن السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، لا مقابل لها في الدستور السابقة على دستور ١٩٧١، وإن كانت تصل في إطار الحقوق العريضة التي خولها هذا الدستور لرئيس الجمهورية، والتي يندرج تحتها نص المادة ٧٣ من الدستور - التي تعد للمادة التي نلتها - فيما تقرره من أن رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية، وأنه مسئول عن السير على توكيد سيادة شعبها، وحماية وحدته الوطنية، والعمل على احترام الدستور وسيادة القانون.

ومن ثم تعمل هاتان المادتان في إطار منظومة متكاملة غايتها تنظيم دور رئيس الجمهورية، باعتباره محور الدولة برأسها، ويحفظ كيائها ويصون وحدتها، في إطار من الدستور وسيادة القانون.

سابعًا: وفي إطار نص مهمل كص المادة ٧٤ من الدستور، يتعين أن يرتبط تطبيقه بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن المخاطر التي تستهض تطبيقها، يتعين أن تكون جسيمة في نوعها، عريضة في آثارها، فلا ينتجها رئيس الجمهورية أو يتوهمها.

٢. أن لجوء رئيس الجمهورية إلى سلطته الاستثنائية لرد هذه المخاطر، يفترض أن تقتصر الوسائل القانونية المعتادة عن مواجهتها.

٣. يتعين أن تكون التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، ملجئة في دواعيها موقوتة في زمنها؛ مقيدة بالأغراض التي تستهدفها؛ وقائمة على المفاضلة بين صونها لحقوق الأفراد وحررياتهم. فلا تصدر هذه التدابير عن الأهواء الشخصية، ولا تنحصر إعمالها في اللجوء إلى القوة من خلال تدابير قمعية لا ضرورة لها.

٤. يتعين النظر إلى المخاطر التي يتدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها بالتدابير التي يتخذها، على أنها من طبيعة استثنائية مودها إلى جسامتها، وتعد التحوط لها قبل طروئها.

ولا كذلك ما يكون مألوفاً من المخاطر، ولا ما يكون وقوعها تخيلاً أو تجسماً لها. وتبطل بالتالي التدابير التي يتوكل بها رئيس الجمهورية، لمواجهة مخاطر لا تزيد فرص تحققها على مجرد الاحتمال. وإنما يتعين للتقن من قيام هذه المخاطر بما يؤكد أو يرجح وقوعها، ويظهرها في ثوبها الحقيقي كمخاطر دائمة تؤثر بصورة عميقة في الأوضاع القائمة، كصراعٍ مرير بين فرق من الجيش، أو نزاع عريض فيما بين المواطنين يتصل بعقائدهم الدينية بما يهدد الوحدة الوطنية.

٥. لا يجوز أن تتفصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية، عن نوع المخاطر التي تواجهها، ذلك أن هذه التدابير من طبيعة استثنائية. ويتعين أن تقابل مخاطر من جنسها. ولا يحتد بالتالي في تحققها أو تخلفها، بمعايير شخصية. وإنما تشكلها ضوابط موضوعية، أهمها قدر حداثتها، وتأثيرها المباشر على الأوضاع القائمة تغييراً لها أو انقلاباً عليها.

وبتعبير آخر لا تتحقق الصلة بين الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها المخاطر، والتدابير التي تجابهها، إلا بشرطين:

أولهما: أن تكون هذه التدابير مستلزمة في دوافعها حقائق هذه المخاطر ومواجهة الآثار التي ترفعها، وكافية لاحتلاع شرونها وإنهاء أزماتها بما يكلل تناسبها معها.

ثانيهما: أن تنقسم التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -في النطاق المتقدم- بوحدة هدفها ممثلا في إعادة الأوضاع التي صدعتها هذه المخاطر، إلى حالتها الطبيعية بخير إبطاء، وجزأ بالتالي فرض قيود جبرية على بعض المواطنين لتحديد إقامتهم في غير الأحوال المنصوص عليها في القانون، أو مصادرة رسائلهم أو الإطلاع عليها بخير أمر قضائي، وماغ أيضا إندار كل صحيفة أو وقفها أو تعطيلها، إذا كانت تعرض على الفتنة، وتزين أفعال المتمردين وتشجعهم على العصيان.

لذلك كله مما يدخل في نطاق للتدابير الاستثنائية التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية، بشرط تقيدها بالأغراض التي تستهدفها هذه التدابير. فلا تكون أغراضها هذه، إلا قيودا قانونيا -لا سياسيا- عليها. فإذا جاوزها رئيس الجمهورية، كان تصرفه انحرافا خطيرا بالسلطة.

٦. يتعين أن يكون لزوال المخاطر التي ولجها رئيس الجمهورية، حدا زمنيا نهائيا للتدابير التنظيمية التي تصدر في شكل قواعد قانونية حتى لا تتحول سلطة رئيس الجمهورية الاستثنائية -في موقفة بطبيعتها- إلى سلطة دائمة.

ولا كذلك للتدابير ذات الطبيعة الشخصية الاستثنائية التي تعبر كذلك بالنظر إلى تعلقها بأشخاص بذواتهم -طبيين أو اعتباريين- كان لهم دور فاعل في تأجيج المخاطر وتفاقمها وإنكاء لحياتها^(١). ذلك أن من المتصور بقاء هذه التدابير حتى بعد زوال الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها. فلا يكون الجزاء على أفعالهم، أو محاكمتهم عنها، منتهيا بانهاء المخاطر.

٧. لأن كان قرار رئيس الجمهورية باللاجوء لنص المادة ٧٤، لا يجوز أن يطرح للاستفتاء، ولا أن يرجع قضائيا باعتباره من أعمال السيادة^(٢)، إلا أن التدابير التي يتخذها في نطاق هذه السلطة الاستثنائية، -أيما كان مضمونها- لا يجوز إعفاؤها من الرقابة القضائية، سواء تطبق الأمر بالفصل في دستوريتها أو بمطابقتها للقانون. ذلك أن هذه التدابير التي وصفها المادة ٧٤ من الدستور <بإجراءات السريعة لمواجهة الخطر>>. وإن تعين عرضها على المواطنين

(١) يتخذ رئيس الجمهورية التدابير القرفية في مواجهة أشخاص كان لهم دور في إنكاء الفتنة وتجيئها والمسئل على توسيع دائرتها. فلا تكون هذه التدابير غير جزاء على أفعالهم.

(٢) شأن هذا القرار في ذلك، شأن قرار إعلان حالة الطوارئ طبقا لنص المادة ١٤٧ من الدستور، إكلاهما من أعمال السيادة.

لاستفتاءهم فيها خلال سنتين يوما من تاريخ اتخاذها، إلا أن هذا الاستفتاء لا يصح عوارا أصابها، ولا يزيل سوءاتها، ولا يقلبها إلى تدابير موافقة للدستور والقانون.

ومن المفترض أن يبدأ مريان ميعاد السنتين يوما من تاريخ آخر إجراء (تكبير) اتخذته رئيس الجمهورية لمواجهة الخطر، إذ لو قيل بعرض هذه التدابير على المواطنين -واحدا واحدا- لاستفتاءهم فيها، لوقع الاستفتاء في شأن كل تكبير على حدة، وهو مالا يتصور لأمرين:

أولهما: أن إجراء الاستفتاء أكثر من مرة، صعوبة عملية تكبر اضطرابا في الحياة السياسية التي يراد إعادتها إلى طبيعتها.

ثانيهما: أن عرض هذه التدابير في مجموعها على المواطنين، يعطي صورة إجمالية عنها، هي التي يدخلونها في اعتبارهم عند عرض تلك التدابير عليهم لإبداء رأيهم فيها. لا تمييز في ذلك بين تدابير من طبيعة فردية، وتدابير من طبيعة تنظيمية لها. خصائص القواعد القانونية.

ذلك أن التدابير التنظيمية، وإن كانت أكثر خطرا من ناحية اتساع دائرة المخاطبين بها وتعدد تطبيقاتها، إلا أن التدبير الفردية تعتبر "إجراء" في مفهوم نص المادة ٧٤ من الدستور. ويتعين بالتالي عرضها في الاستفتاء بالنظر إلى عموم نص المادة ٧٤ المشار إليها التي لا يجوز تخصيص حكمها.

وما يقال عن تضائل أهمية التدابير الفردية، مردود بأنها قد تتناول قطاعا عريضا من المواطنين، لتصيبهم في حرياتهم أو في حقوقهم التي كفلها الدستور، مثيرة بالتالي غضبا قوميا عارما.

٨. وكما رفض المواطنون التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية -كلها أو بعضها- بهد عرضها عليهم في الاستفتاء، اعتبر ذلك إنهاء لأثارها من وقت اعتراضهم عليها. وبظل للمحاكم الخطر في كافة الأثار المترتبة على تطبيقها قبل رفضها في الاستفتاء، لتقدم الترضية القضائية الملائمة في شأنها إن كان لها محل.

كذلك فإن قبول المواطنين في الاستفتاء للتدابير التي عرضها عليهم رئيس الجمهورية، وإن كان يقيها بكل أثارها ويصححها منذ صدورها، إلا أن شرعيتها لا تستقر بصفة نهائية إلا بعد أن

ترفض السلطة القضائية الطعون الموجهة إليها بعد عرضها عليها من خلال الفسومة القضائية. وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" من أن الترخيص بنص المادة ١٥٢ من الدستور لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقر أهميتها على هيئة الناخبين لاستفتائهم فيها، لا يطرأها من عيوبها، ولا يجوز أن تتذرع به السلطة التنفيذية لنقض قواعد الدستور أو مخالفتها^(١). ومن ثم يظل كل عول اتصل بهذه التدابير، كاملاً فيها حتى تفصل السلطة القضائية في أمره^(٢).

٩. تعتبر الرسالة التي يوجهها رئيس الجمهورية إلى مواطنيه في شأن الأوضاع الاستثنائية التي يواجهها الوطن، وقدر تهديدها لوحته الوطنية، أو إضرارها بسلامته، أو تعويقها لمؤسساته، شرطاً شكلياً لازماً بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، مضافاً إلى شرط شكلي آخر هو الاستفتاء على التدابير التي قارنتها.

وهو يعلن رسالته هذه للجمهور بعد اتخاذ هذه التدابير، وقبل عرضها في الاستفتاء، حتى تكون على علم بها قبل تقييمها لها.

ولا يجوز بالتالي أن تجهل رسالته إليها، بالصورة الحقيقية للأوضاع الطارئة، ولا أن تسقط ما هو هام من التدابير التي اتخذها، ولا أن تتكلمها في صورة إجمالية لا تفصح عن حقيقتها. بل يتعين أن يكون بيانها جلياً وإن لم يكن بالضرورة تفصيلياً.

وإنباء رئيس الجمهورية لمواطنيه بالتدابير التي اتخذها أو استفتائهم عليها، كلما يكون مفيداً في كبح سلطاته الاستثنائية أو تقييدها. ذلك أن رسالته إليهم قد تجسم المخاطر بما يبعد بها عن حقيقتها. وهي تصور التدابير التي اتخذها لمواجهة الخطر، بما يهون من شأنها، ويقلل من وطأتها حتى لا تظهر في كامل أبعادها. وقد يصوغ هذه الرسالة على نحو يحمل معانيها بأكثر من تأويل. وكثيراً ما يوجزها لإغفاء حقائق لا يريد الإعلان عنها. وهي بعد تدابير لا تراعيها السلطة القضائية - غالباً - إلا بعد اكتمال تنفيذها واستفادها لأغراضها، فلا يكون أمام المشرورين منها غير الحق في التعويض عنها.

(١) صدر هذا الحكم بجلستها المعقودة في ٢١ يونيو ١٩٨٦. ونشر في ٣٥٢ من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة. انظر كذلك مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري - منشأة المعارف ١٩٨٥ - ص ٤٢٢.

(٢) محكمة القضاء الإداري - الدعوى ١٦٥٧ لسنة ٣٦ ق الصادر عنها في ٢٩ يونيو ١٩٨٢.

١٠. وما يقال عن أهمية الاستفتاء وضرورته لإضفاء الشرعية على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية، مردود بأن الاستفتاء عليها في الدول النامية لم يسفر يوما عن رفضها. فلا يتمحض إلا عن قبول مطلق لها، ولو بتحويل إرادة هيئة الناخبين من خلال تحريفها.

ومن ثم يحل -في ظاهره- إلى تفويض مطلق لرئيس الجمهورية في مباشرة سلطاته الاستثنائية، وكأن المواطنين يمهرونها بخاتمهم. وذلك صورة خادعة من الإجازة غير المشروطة التي لا يرد قيد عليها.

١١. لا يجوز النظر إلى أثر المخاطر باعتباره منفكاً عن وجودها؛ ولا اللجوء لنص المادة ٧٤ من الدستور توقيفاً لمخاطر يحتمل وقوعها.

ذلك أن تطبيقها مشروط بحلول المخاطر لا بتراخيها. فإذا لم يكن الخطر حالاً ومباشراً^(١) أو كان محدود الأثر؛ أو كان غير متعلق بالمصالح التي حصرتها وكلفتها المادة ٧٤ من الدستور^(٢)، بطل التدرع به لتطبيقها.

١٢. لا يجوز أن تصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -في مداها- إلى حد تعديل قواعد الدستور بما يغير بنيانها.

ذلك أن تطبيق نص المادة ٧٤، يفترض طروء عارض على الدولة يخل به نظامها محدداً على ضوء قواعد الدستور المعمول بها. فإذا تدخل رئيس الجمهورية لتحويل قواعد الدستور عن طريق تعديلها، كان ذلك انحرافاً عن هذه القواعد التي تعتبر الإطار الوحيد للشرعية الدستورية، والتي ما تدخل رئيس الجمهورية أصلاً لصونها، إلا من خلال نص في الدستور هو نص المادة ٧٤.

كذلك ليس من شأن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار نص المادة ٧٤ من الدستور، الإخلال بالقيم الجوهرية التي يحتضنها الدستور، والتي يدرج تحتها افتراض السيادة، ومبدأ شخصية العقوبة؛ وامتناع افتراض المسؤولية الجنائية؛ أو تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي؛

(١) هذه المصالح هي ضمان الوحدة الوطنية وسلامة الوطن وأداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري.

أو بخير قانون أو دون مراعاة حدوده؛ أو حظر تقرير العقوبة بما يحتم توقيعها بأغلبية صماء لا تأخذ في اعتبارها أوضاع المذنبين وظروفهم لتصيبهم في جمود قوايلها وكلهم لا يختلفون فيما بينهم.

وبالض هذه القيم كذلك كل عدوان على الحق في الحياة أو إهدار حرية العقيدة؛ أو الإخلال بالحق في الدفاع؛ أو حمل الشخص على أن يشهد بما يدينه؛ أو انتزاع أقواله التي لا يريد الإفصاح عنها؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بخير رضاه؛ أو تقييد حريته بخير حق، أو الحط من كرامته؛ أو تمييزه؛ أو توقيع عقوبة عليه تكون ممحقة في قسوتها، أو مجاوز في شذوذها كل منطق؛ أو التمييز بين المواطنين دون مبرر في مجال تطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ٧٤ من الدستور؛ أو مصادرة لموالمهم بما يسعها في كل مفرداتها؛ أو عزلهم سياسيا عقابا لهم على دورهم في إيقاد جذوة المخاطر، أو التمهيد لها أو الحض عليها أو إعادهم عن مصر أو منعمهم من العودة إليها.

ومرد ذلك أن هذه القيم الجوهرية لها من رسوخها واستقرارها في الضمير الجمعي وفي الدول الديمقراطية جميعها، ما يؤكد ثباتها وإطراد تطبيقها.

وهي كذلك وثيقة الصلة بأمنية الفرد وكرامته، وهي الأصل في كافة حقوقه وحياته. وعلوها على التمييز لا يقل جدلا. وإطلاقها يحول دون تقييدها.

ولأنها فوق ما تقدم - من الحقوق الطبيعية الأسبق وجودا من انحرافهم في أية صورة من صور التنظيم الاجتماعي - جدوا من الأسرة وانتهاء بالدولة - فلا يجوز الزول عنها أو تحريفها.

١٣. يتعين دوما أن ترتبط التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية - عكلا - بأهدافها، وأن يكون التدخل بها دون إبطاء، وإلا استغل الخطر وتعاظم مده.

١٤. ليس في نص المادة ٧٤ من الدستور، ما يعطل أو يقيد سلطة البرلمان، بشرط ألا يخل تدخله بانفراد رئيس الجمهورية بالسلطة الاستثنائية التي يتلقاها مباشرة من نص هذه المادة ذاتها.

وليس للبرلمان بالتالي أن ينزع رئيس الجمهورية في تقديره تحقق المخاطر التي تستلزم تطبيقها أو تخفيفها، وما يكون ملائما من التدابير لمواجهة.

ولا يتصور بالتالى أن يباشر البرلمان دورا تشريعيا أو رقابيا في كيفية استخدام رئيس الجمهورية لسلطته الاستثنائية، إلا بعد زوال المخاطر من منبتها. واقتلاعها من جذورها. ذلك أن اجتنابها بعيد الأضرار إلى حالتها السابقة على نشوئها. ويرد إلى البرلمان كامل ولايته التي قبلتها السلطة الاستثنائية التي باشرها رئيس الجمهورية إبان قيام المخاطر.

وللبرلمان بالتالى أن يعيد النظر في كافة التدابير التي اتخذها، وأن يعمل على تقييمها من منظور موضوعي، ولو اقتضاه ذلك إلغاؤها أو تعديلها.

١٥. يتعين التمييز بين ما يعتبر من التدابير تنظيمية أو فردية على ضوء معيار موضوعي يعتد بمادتها أو موضوعها.

فما يتخذ منها شكل القواعد القانونية في عمومها وتجردها، يعتبر إجراء تنظيميا.

وما يتعلق من صورها بمراكز ذاتية، يعامل باعتباره إجراء فرديا.

ذلك أن نص للمادة ٧٤ من الدستور يركز السلطة ويمجها في شخص رئيس الجمهورية. وهو يصدر التدابير جموعها. فلا يكون تطبيق المعيار للشكلى بشأنها للتمييز بين ما يكون منها تنظيميا أو فرديا، متصورا، إذ يعتد هذا المعيار في مجال هذا التمييز - بالجهة التي صدر عنها الإجراء، وهي في هذا الغرض جهة واحدة، هي السلطة التنفيذية التي يأتي رئيس الجمهورية في قمته.

١٦. أن النظام من التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، مقصور على محكمة القيم عملا بنص المادة ٣٤ من قانون حماية القيم الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠، والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١^(١).

ولا يعتبر هذا النظام - على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية "تأزاع"^(٢) - نظاما إداريا، وإنما ينحل إلى خصومة قضائية بمعنى الكلمة عهد المشووع

(١) أضاف هذا القانون إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من الحجب، بندا جديدا برقم خامسا، مقتضاها اختصاص محكمة القيم دون غيرها بالفصل في التظلمات من الإجراءات التي تتخذ وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور.

(٢) صدر حكم المحكمة الدستورية العليا في جلستها المعقودة في ١٩٩٢/٣/٧ -قاعدة رقم ٧- ص ٤٢٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بالفصل فيها إلى محكمة التقيم استثناء من أصل خضوع المنازعات الإدارية جميعها لمحاكم مجلس الدولة التي تختص أصلاً بالفصل فيها بوصفها قاضيتها الطبيعي.

ومن الجدي، فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم، ينطلق بطول محكمة التقيم محل محاكم مجلس الدولة في الفصل في أنواع من المنازعات الإدارية، هي التي تنطبق بمشروعية كل إجراء يصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور إذا تمحض هذا الإجراء قراراً إدارياً. فإذا كان قراراً تنظيمياً علماً، تمحض عن قواعد قانونية تتولى المحكمة الدستورية العليا -كون غيرها- الفصل في دستورتها وفقاً لقانونها^(١).

(١) على أن محكمة التقيم تظل محكمة موضوع. ومن ثم يلحصر دورها -إذا ما عرض عليها فزاع ينطلق بأحد للتدابير التنظيمية التي اتخذها رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ٧ من الدستور- في أن تكدر جدية الطعن بعدم دستوريته، وأن تحول بعد ذلك النصوص المطعون عليها إلى المحكمة الدستورية للفصل في دستوريته إذا قدرت جدية هذا الطعن، أو أن ترخص للخصم برفع الدعوى بذلك إلى المحكمة الدستورية الطيساً (أنظر رسالة الدكتوراه لأستاذ سمير على عبد القادر وموضوعها السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية. وكذلك رسالة الدكتوراه لأستاذ وحدى ثابت غبريال فرج وموضوعها سلطات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها).

الفصل الثاني

السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية إبان الحكم العرفي

المبحث الأول

علتها

٥٤٥- تقول المحكمة الدستورية العليا^(١)، إن المصالح المعبرة شرعا هي التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة الإسلامية، متلافة معها. وهي بعد مصالح لا تنتهي جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد مضمونا ونطاقا- على ضوء أوضاعها المتغيرة. وكثيرا ما كان الصحابة والتابعون يشرون أحكاما لا دليل على اعتبارها أو إلغائها، متوخين بها مطلق مصالح العباد، جلبا لنفعهم، أو دفعها لضررهم، أو رفعها للرجح عنهم. وهم يصدرون في ذلك عن قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج" "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" "وما جعل الله عليكم في الدين من حرج"؛ وكان ذلك مؤداه أن الناس لا ينبغي أن تنتظمهم قواعد موحدة تحكمهم في كل أحوالهم وأوقاتهم؛ وأن عسرهم يفضي إلى تقرير قواعد يسر عليهم، ولا تزيد من مشقتهم؛ وأن تكليفهم بما في وسعهم، صون لحدود الاعتدال التي يُلْقِضُها إيقاعهم في الحرج، أو الحمل عليهم لإرهاقهم؛ وأن المؤمنين على ضوء ما تقدم، رحماء بعضهم لبعض لا يتكسحرون إفكا، ولا يفتنون بغيا، ولا يفاضلون بين أمرين إلا باختيار أهونهما ما لم يكن إثما حتى لا يضلوا بأهوائهم.

وحق القول بأن أحوال الناس في ضيقهم، تفرق أحوالهم في سعتهم؛ وأن القواعد التي تحكم ظروفهم الطبيعية، غير تلك التي تنظم أحوالهم الضاغطة؛ وأن ما يجوز عند الضرورة، يكون محظورا حال زوالها؛ وأن المخاطر التي تحقق بهم لا يجوز أن تتفلق أضرارها؛ وأن مواجهتهم لها، ضمان لحصر ضرورها؛ وأن تسليهم من السيطرة عليها، مؤد لاتساع دائرتها؛ وأن ما يجوز لهم أن يأتوه في حياتهم اليومية يرتابتها وسكنتها، ينبغي أن يتجنبوه إذا دهمهم الخطر وأحاط بالدولة التي تضمهم إليها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/١/٦ - قاعدة رقم ٢٠ ص ٣٤٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ذلك أن إقزامهم يثير اضطرابها ويبدد هذوها. ولأنهم يلوذون بها، فإن عليها أن تعصم بعناصر القوة التي تملكها، وأن توجهها لصون مصالحهم الحيوية التي تقتضيها الخطر، وهددها.

وعناصر القوة هذه، هي سلطاتها الاستثنائية التي ترد بها عنها مخاطر دهمتها، لئلا تكن مصدرها أو سببها. فجميعها سواء فيما تلحقه بها من مضار لا يستهان بها، وتصل في عصفها إلى حد الإخلال بوحدة شعبها، أو بتكامل إقليمها، أو بخير ذلك من ركائز بنيانها.

ومن ثم تمتاز هذه المخاطر بقتل وطنيتها؛ ويتخذ توقعها، ويطولها لا بترليخها، وبإغلاصها المباشر بمصالح لا يجوز النزول عنها، أو التضيحية بها، لاتصالها على واقفها- بوجود الدولة في ذاتها؛ أو بمتطلباتها في الأمن والاستقرار؛ أو بحاجتها إلى المضي قدما فيما يعود بالنفع العام على مواطنيها.

ومن ثم كان إبطال هذه المخاطر، مقتضيا دفعها بالوسائل التي تناسبها، والتي تنسبها بها فرص إجهاضها. فلا تكون هذه الوسائل هي ذاتها التي تلتزمها الجماعة في ظروفها الطبيعية التي قد تلاعبها أحيانا مخاطر محدودة آثارها لا تتعدى بها حياتها.

وإنما هي المخاطر الملتبسة التي تعسر أمرها، فلا تندما غير طرائق توليها في حدثها، لتصيبها في جذورها ومنازلها بقصد اقتلاعها.

ولا يتصور بالتالي أن تتراخي تلك التدابير لتفقد بأسها، ولا أن تكون هولاء بما يضعفها. ذلك أن مواجهتها لمخاطر وخيمة عواقبها، عريضة آثارها، شرطها فعاليتها في دفعها؛ وحزمها في سرعتها؛ وحسن توقيتها لإجهاضها. فلا يكون اللجوء إلى مثل هذه التدابير غير خروج محدود على الشرعية الدستورية في تطبيقاتها المطردة التي تقم للدولة القانونية ركائزها التي جددتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

<<إن نص الدستور في المادة ٦٥ على خضوع الدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لصيانة حقوق الأفراد وحيرياتهم، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها -وليا كان نطاق سلطاتها أو طبيعتها- بقواعد قانونية تلو عليها، وتكون بذاتها ضابطا لتصرفاتها وأعمالها في أشكالها المختلفة.

ذلك أن السلطة سرطى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تبشر بداية عن الجماعة ولصالحها. ولئن صح القول بأن حد مشروعية السلطة، أن تكون وليدة الإرادة الشعبية وتعبيراً عنها، إلا أن إنبات هذه السلطة عن تلك الإرادة وارتكازها عليها، لا يفيد بالضرورة أن من يمارسها غير مقيد بقواعد قانونية تكون عاصماً من جموعها، وضماناً لردّها على أعقابها هي جلوستها>>.

<حركان حتماً بالتالى أن تقوم الدولة القانونية فى مضمونها المعاصر سرطى الأغص فى مجال ترجيحها نحو الحرية- على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً ومحرزاً بمبدأ الخضوع للقانون، باعتبارهما مبدئين متكاملين لا تقوم بدونها الشرعية الدستورية فى أكثر جوانبها أهمية، ولأن الدولة القانونية هى التى يتوالى لكل مواطن فى كنفها، الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، وتنظيم السلطة وممارستها فى إطار من المشروعية. وهى ضمانه لدعمها السلطة القضائية من خلال استقلالها وحصانيتها، لتصبح للقاعدة القانونية محورا لكل عمل، وحدا لكل سلطة، وورادعا ضد الحدود وفى هذا الإطار، لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها التى تقبلها الدول الديمقراطية بوجه عام، ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها، قيودا تكون فى جوهرها أو مآلاتها، مجافية لتلك التى درج العمل فى الدول الديمقراطية على تطبيقها.

بل إن خضوع الدولة للقانون -محدداً على ضوء مفهوم ديمقراطى- مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية، مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، التى تسمو فيها القاعدة القانونية عليها، وتنفيد هى بها(١)>>.

تلك هى الدولة القانونية بمقوماتها التى حدتها المحكمة الدستورية العليا. وتظل لهذه الدولة مقوماتها هذه -فى جوهرها- ولو واجهتها أوضاع استثنائية من جراء خطر فاحش يهددها ويقتصر مصالحها الأساسية. إذ يقتصر دورها على أن ترد هذا الخطر عنها من خلال تدابير لها من مرونتها ومروعتها ما يؤكد فعاليتها؛ ومن تقيدها بالأغراض المنطقية التى تستهدفها، ما يبرر مشروعيتها؛ ومن ملامتها لأصابع المخاطر التى تطل عليها، ما يكفل اعتدالها وتدابيرها معها.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٤- س ٨٩ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا تكون هذه التدابير غير وسائل قانونية في أسسها ودوافعها. وبذلك هي الشرعية الاستثنائية التي تنظر مع انصاع وصق التدابير التي تتخذ في طليقها، نظاما قانونيا ككل الدستور أصله، وحدد القانون الضوابط التي يقوم عليها^(١) وليس لرئيس الجمهورية بالتالي أن يتذرع بأوضاع طارئة -لما كان قدر حدتها وعصفها بالحقوق- ليشر بسببها سلطة مطلقة لا عاصم منها، ولا قيد عليها.

ذلك أن انفلكتها من كوابحها مودة مجاوزتها حدود القانون، ولحرفها عن أهدافها، وإغلاها كذلك بالقيم الجوهرية التي احتضنها الدستور، كالفرض البراءة، وكالحق في الداعي، وفي مباشرة الدفاع، وفي مواجهة الشهود، وفي إنهاء القيود غير المبررة على الحرية الشخصية.

وتنظر للشرعية الدستورية بضوابطها في الأوضاع الطبيعية، هي الإطار العام للتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في الأوضاع الاستثنائية، فلا يكون الخروج عليها إلا لضرورة، مردفها أمر عارض تقوم به رخصة دفع المخاطر توفيا لحرج نالها وتسامع دائرتها، إن لم تواجه بما يلزمها من التدابير، وبمراعاة أن حق الدولة في مباشرة رخصتها لا يقل في وجوبه عن مباشرتها لحزمها، وأن رخصتها يحولها التدخل عند الضرورة لرد المخاطر عنها، من خلال تدابير تزيد وطأتها ودلالتها على تلك التي تتركب إليها في أحوال يسرها.

ومن ثم تعتبر الضرورة عذرا ملما من تطبيق القواعد المعتادة للشرعية الدستورية. وهو عذر يزول بزوال الضرورة. ذلك أن ما جاز لضرورة يطل بزوالها.

كذلك فإن صدور التدابير بقدر الضرورة التي تطلبها، مودة أن دفع مخاطر الحالة الطارئة وإن كان ولجا، وكان بقاؤها يعد إهمالا لا يجوز الوقوع فيه، إلا أن تزامم الأضرار على محبل واحد، يقتضي القول بأهونها توفيا لأغلبها، ولتحمّل بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

والدولة بذلك، تولزن بين التدابير المختلفة حال تعرضها فيما بينهما، فلا تختار غير أصولها للحقوق، وألقها بقيود الحرية، ودون الإخلال بحق المضروبين من هذه التدابير في طلب التعويض عنها.

(١) "المحكمة العليا" للدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية - جلسة ١٩٧٦/٤/٣ - من مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة العليا.

فلا تكون التدابير التي تتخذها الدولة لرد المخاطر الوخيمة عنها، غير تدابير واقعية في نطاق الضرورة التي أجازتها، فلا تزيد على هذه الضرورة، وإلا تكاسبها في كثرها.

المبحث الثاني

الحالة الطارئة من حيث مداها

٥٤٦- وفي إطار منظومة التدابير الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا للدستور، جاء نص الماد ١٤٨ منه التي تقول رئيس الجمهورية أن يعلن حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، على أن يعرض هذا الإعلان وجوبا على السلطة التشريعية خلال الخمسة عشر يوما التالية لتقرر ما نراه بشأنه. وفي حال حلها يعرض رئيس الجمهورية هذا الإعلان عليها في أول اجتماع لها. ويتعين في جميع الأحوال أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة لا يجوز مددها إلا بموافقة السلطة التشريعية.

٥٤٧- وسواء نطق الأمر بالتدابير الاستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، أم بتلك التي كفلتها المادة ١٤٨، فإن هذه التدابير ترتبط في مضمونها ومداها، بنوع المصالح التي تحميها، ودرجة الخطر التي تهددها. وقد تبلغ أهمية هذه المصالح حدا يحمل الدستور على بيانها حصرا، فلا يجوز التدخل لحماية غيرها.

كذلك فإن حصر هذه المصالح أو إحصاءها، يفيد بالضرورة تحديد الأغراض التي تستهدفها التدابير التي يتخذ بها رئيس الجمهورية لصونها.

ولا كذلك أن يتجاهل الدستور تحديد المصالح التي تصونها السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية من كل إخلال بها، ولا أن يفوض الدستور المشرع في بيانها بما يطلق يده في مجال تحديدها، ويبسطها في الأعم من الأحوال مما لا لرئيس الجمهورية ولدعم نفوذه، بما يؤثر سلبا على طبيعة النظم القائمة في الدولة، وأوجه اتفاقها أو اختلافها مع الخصائص الديموقراطية.

٥٤٨- ويبدو ما تقدم جليا بمقارنة المادتين ٧٤ و١٤٨ من دستور مصر التي تنطبق أولاهما بأزمة عاصفة تحيط بالدولة من جراء خطر حال أهدق بها، وثانيتهما بحالة الطوارئ L'état d'urgence التي اقصر الدستور على بيان الخطوط المريضة التي تحكمها. وذلك للدستور غاير بين هاتين المادتين من التولعي الآتي بيلها.

١. أن أولاهما قاطعة في بيانها لنوع المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها. ولا كذلك ثانيتهما التي جهل الدستور من خلالها بالمصالح التي تحميها حالة الطوارئ بعد إعلانها^(١).

٢. أن للتدابير التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، تنحصر في تلك التي تكفل مواجهة المخاطر التي تتهدد بها المصالح التي عينتها. ولا كذلك للتدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها في نطاق نص للمادة ١٤٨ من الدستور. لذلك أن دائرة هذه التدابير أو إطارها العام، يحددها المشرع. وهو يحدد كذلك نوع المصالح التي تتدخل هذه التدابير لصونها. ولا يتخذ رئيس الجمهورية - عملاً بنص المادة ١٤٨ من الدستور - بغیر بيان الفترة الزمنية التي تبقى الحالة الطارئة خلالها، ويعرض قراره بإعلائها على السلطة التشريعية في الأجل التي حددتها المادة ١٤٨ للمشار إليها^(٢).

٣. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لرد المخاطر التي تستتبع تطبيق المادة ٧٤ من الدستور، يلقاها مباشرة من نصها.

فيذا تعلق الأمر بإعلان حالة الطارئة، فإن نص القانون هو المصدر المباشر للأمر التي يتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تنطق بهذه الحالة.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بمواجهة المخاطر التي تهدد المصالح التي حددتها المادة ٧٤ من الدستور حصراً، وكذلك قراره بإعلان حالة الطوارئ عملاً بنص المادة ١٤٨ من الدستور، يهبطان ملطة الردع التي يخلو منها إياه، والقرارات كلاهما من أعمال السيادة التي لا تجوز مراجعتها قضائياً.

(١) المصالح التي تحميها المادة ٧٤ من الدستور، هي تلك التي تتعلق بضمان الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو أداء مؤسسات الدولة لخدماتها الدستورية. فكل خطر يهدد إحدى هذه المصالح، يقول رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر. ولا كذلك نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تفوض لرئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون. وفي ذلك تفويض من الدستور للمشرع في بيان المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها من خلال حالة الطوارئ التي يعلنها.

(٢) يعرض رئيس الجمهورية قراره بإعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية، ليقرر ما يراه في شأنها. فإذا كان المجلس محللاً يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

ولا كذلك التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار هاتين المادتين. ذلك أن خضوعها للرقابة القضائية لا شبعة فيه، وعلى الأخص من جهة الأكثر التي ترتبها هذه التدابير في شأن حقوق الأفراد وحياتهم انقلابا عليها؛ وإهدارا لضمائمها المنصوص عليها في الدستور.

المبحث الثالث

الخطوط العريضة للحالة الطارئة

٥٤٩- النصوص القانونية المنظمة للأحكام العرفية -التي تقوم حالة الطوارئ محلها اليوم^(١)- مرادة بين الدستور والقانون. ذلك أن الدستور لا يحيط بكل تفصيلاتها، وإنما يقتصر على بيان العريض من خطوطها، وعلى الأخص من جهة تحديده للسلطة التي تختص بإعلانها، وحصر مدياتها في آجال محددة لا تجاوزها.

وفيما عدا هذه الخطوط العريضة، يتولى المشرع ملء كل فراغ قصر الدستور عن مسده، بما يطلق يده في تقرير نصوص قانونية استثنائية خطيرة في معاسها بحقوق الأفراد وحریاتهم؛ ولا يقتصر مداها على بيان نوع المصالح التي يستتبع الإخلال بها إعلان الحالة الطارئة؛ وإنما تنبسط هذه النصوص إلى حد تفصيل التدابير التي تتخذها الجهة التي عهد إليها المشرع بتنفيذها. ولا تزال حدود هذه السلطة الاستثنائية مختلفا عليها بين الدول بالنظر إلى تفاوتها فيما بينها. فسي موقفها من الشرعية الدستورية، وقد حرصنا على التقيّد بوجه عام بضوابطها. وهو ما نراه على الأخص في فرنسا ومصر، وهما نموذجان لدولتين تختلفان فيما بينهما في انتهاجهما الديمقراطية أسلوبا وحيدا للحكم، وضمنا نهائيا لسيادة القانون.

المطلب الأول

الأحكام العرفية في فرنسا

٥٥٠- تنص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي -على عبارة مركزة - على أن يقرر مجلس الوزراء بمرسوم، إعلان الأحكام العرفية L'état de sie'ge. ولا يجوز بغير إذن من البرلمان، مد أجلها لأكثر من ثلثي عشر يوما.

L'état de siège est décrète en Conseil des Ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le parlement.

(١) التسمية الصحيحة لحالة الطوارئ، هي حالة الاستعجال L'état d'urgence ذلك أن كل حالة تعرض للدولة، وتهددها في مصالحها، هي من قبيل الأوضاع الطارئة عليها.

وشأن هذه المادة شأن كل المسلطات الاستثنائية التي تؤدي بأثرها إلى انبساط قوة الردع التي تملكها الدولة وإلى حلول البطالة العسكرية محل السلطة المدنية في مجال مباشرة السلطة البوليسية، وعلى الأخص في مجال التفويض والإبعاد -يريد اختصاص المحاكم العسكرية إلى الجرائم الموجهة ضد أمن الدولة التي يرتكبها المدنيون.

وكان إعلان الحكم العرفي يتقرر من قبل في فرنسا بقانون يصدر خلال دور انعقاد البرلمان بقصد صون حقوق الأفراد وحياتهم. فإذا لم يكن البرلمان منعقداً، كان رئيس الجمهورية يعين الحكم العرفي بمرسوم يصدر بعد أخذ رأي مجلس الوزراء على أن يدعى البرلمان للانعقاد خلال يومين على ما تقتضيه المادة الثانية من القانون الصادر في ٣ أبريل ١٨٧٨.

وفي ظل الأوضاع القديمة صدر نص المادة ٣٦ المشار إليها التي تراها خطوة رجعية ترتد بها الديمقراطية إلى الوراء، ولو كان لهذه المادة جذورها في أعماق السوابق القديمة التي لا يصححها استقرارها على نحو أو آخر، ولو جمعها نص المادة ٣٦ المشار إليها في شكل قاعدة قانونية مجردة لها من عموم تطبيقاتها ما يكفل سريلها في كافة أحوالها دون قيد.

ولما ما كان الأمر، فإن للمادة ٣٦ آفة البين، مبرراتها المنطقية سواء من الناحية السياسية أو القانونية. فمن الناحية السياسية يفرض إعلان الحكم العرفي تحقق مخاطر فاحشة Un Peril extreme داخلية أو خارجية -تتدر بأثرها الوخيمة العاقبة. وهذه المخاطر لها من طبيعتها ما يدخل السلطة التنفيذية أن تعلن الحكم العرفي بقرار يصدر عنها ولا يقل المراجعة القضائية باعتباره من أعمال السيادة. ذلك أن المقصود أصلاً بإعلان الحالة الطارئة، ومواجهته مخاطر لها من طبيعتها وحدثها ما يقتضي دفعها بما يلائمها من التدابير المعالجة، وعلى الأخص إزاء ما نشهده اليوم من تفاقم صور الصراع الداخلي بين أبناء الوطن الواحد، وتنازع توجهاتهم ونزوعهم أحياناً إلى الانفصال واتساع دائرة القيم الأيديولوجية التي يخلقونها عليها، وإمكان لجوئهم في هذا الصراع إلى وسائل غير قانونية بعدة في مآلاتها وأثارها. فلا يكون أمام السلطة التنفيذية -بحكم قوتها وحدثها- غير التدخل لترد الأمور إلى نصابها بصورة مقتدرة، لا تؤولها فيها السلطة التشريعية التي تنقسم كثيراً على نفسها بما يجردها من عناصر تماسكها. بل إن ترددها في تقرير الحلول الملائمة لأوضاع حادة، يعجزها عن مواجهتها، لتحل السلطة التنفيذية محلها فيها.

وتلك آفة الديمقراطية التي لن توتى ثمارها دوماً، إلا بشرط إنفاذ ضماناتها، وتقدير وسائل حمايتها التي تنهيا بها فعاليتها.

ومن الناحية القانونية، فإن النصائح في اتجاهها إلى تقوية السلطة التنفيذية فسى مواجهة البرلمان، تميل إلى تقرير التصوص للقانونية التي تمنحها مركزاً متوقفاً. تكون به يدها هي العليا في مقابلة المخاطر التي تهدد الدولة، ولا تتواصل بها حياتها، أو ينفرد معها نظامها. أو يختل معها تكامل إلتئيمها.

وهي تواجه هذه المخاطر بوسائلها، ولو كان ذلك عن طريق الحلول محل السلطة المدنية في مهامها، أو بمجاوزة ضوابط الشرعية الدستورية في كثير من جوانبها.

ويقتد نص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي من حقوق المواطنين وحررياتهم، من خلال السلطة الاستثنائية التي تمنحها الحكومة لتسويق تدخلها في شؤونهم. ولم تعد صيغة القانون العرفي في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، صيغة ملائمة مما أبدلها بإجراءات جديدة أيسر منها يندرج تحتها:

* قوانين الحالة الطارئة L'état d'urgence التي كان البرلمان يقرع عليها حتى العمل بالمرسوم الصادر في ١٩٦٠/٤/١٥ الذي ألغى هذه الضمانة ليجعل إعلان هذه الحالة بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء على أن يقره البرلمان بعد اثني عشر يوماً من إعلانها، وبشرط أن يتعلق هذا الإعلان بمخاطر محدقة Peril imminente أو بكارثة وطنية أو بخل خطر في النظام العام. وجميعها مخاطر لا شأن للسلطة العسكرية بها، ولكنها تفول العمد اتخاذ تدابير مختلفة يندرج تحتها الاستيلاء والتفتيش أو الاستدعاء ومراقبة وسائل الاتصال، واعتقال الخطرين وتجديد ملال إقامتهم.

* قوانين الاستنفار Mise en garde التي تفول الحكومة حق اتخاذ تدابير استثنائية تعطيلها حرية أكبر في العمل بقصد تأمين القوات المسلحة في تحركاتهم وحشد وحداتها.

* قوانين الدفاع [Defence operationnelle du territoire (DOT)]. وهي لا تتعلق بأوضاع استثنائية، وإنما بصورة من صور الدفاع عن الوطن في مناطق بنواتها [DOT] بما يخول للجيش سلطات بوليسية.

وتعدد هذه القوانين مؤداه، أن تنفذ المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي وإلى حد كبير- أهميتها؛ وعلى الأخص بعد أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٥ يناير ١٩٥٨ أن النص على هذه المادة في الدستور، لا يبطل أو يمنع غيرها من النظم الاستثنائية التي ينشئها المشرع. ذلك أن سلطته في تقرير هذه النظم، مرجعها إلى نص المادة ٣٤ من الدستور التي تفرد للبرلمان باختصاص تقرير النصوص القانونية في شأن الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك تحديد ضماناتها الجوهرية التي تصون مباشرتهم لحرياتهم العامة^(١). وهو ما نراه محل نظر، ذلك أن اختصاص البرلمان بضمنان حقوق المواطنين وحرياتهم، يفترض ألا يقيدوا بتدابير استثنائية ترفعها.

المطلب الثاني

حالة الطوارئ أو الاستعجال في مصر

L'état d'urgence

الفرع الأول

أساسها من الدستور

٥٥١- تنص المادة ١٤٨ من دستور جمهورية مصر العربية على ما يأتي:

«يعين رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون.

ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه.

(١) انظر في ذلك مقالين للأستاذ Pierre Daberies والأستاذ Jean Claude Masclet وما مشورتن في

الصلحات من ٧٧٩ إلى ٧٨٥ من مؤلف عنوانه: La constitution de la republique

.française, angbyses et commentaires 2e édition [Economica]

وإذا كان مجلس الشعب منحلاً، يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.
وفي جميع الأحوال، يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب».

٥٥٢- ويبين من هذا النص:

أولاً: أن رئيس الجمهورية هو المختص -نحو غيره- بإعلان الحالة الطوارئ أو حالة الاستعجال، كتمسية أدق، وهو لا يطنها إلا على الوجه المنصوص عليه في القانون. بما موداه أن إعلانها لا يقع إلا وفق الشرط التي يبينها، ويندرج تحتها أن إعلان هذه الحالة مقيد بطرود أحد المخاطر التي حددها المشرع حصراً، فلا تقوم حالة الاستعجال في سواها، وإن تمتع رئيس الجمهورية بسلطة تقديرية عسيرة على الرقابة القضائية في شأن قيام هذه المخاطر أو تخلفها، بشرط أن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتعين أن تستهدفها هذه السلطة. فإذا استخدمها انحرفاً بها عن أهدافها، بطل إقرار حالة الاستعجال.

ثانياً: أن حالة الاستعجال لا تطن إلا لفترة محددة، يجوز مدّها بموافقة السلطة التشريعية. ويلاحظ هنا أن المدة المحددة التي تنص عليها المادة ١٤٨ من الدستور، غير المدة للتصير أجلها، إذ تفترض المدة القصيرة، اعتدالها وخضوعها لحد أقصى يكون قريباً من بدايتها، ويعتبر نهاية زمنية لها. ولا كذلك المدة المحددة التي يكفي لتوفر شرائطها، أن تكون واقعة بين حدين زمنيين، وإن تعين أن يكونا متقاربين. ذلك أن تحديد مدتها يفترض ضيقها وليس انفراطها، وإن دل العطف على أن شرط المدة المحددة لحالة الاستعجال كقيد على جواز إعلانها، يبدو عقيماً.

ذلك أن السلطة التشريعية تمتد دائماً إلى مد المدة الأصلية لحالة الاستعجال قبل انتهائها، ثم مد الفترة الجديدة -سبيل تفصيلاتها- إلى فترة تالية تتبعها فترة ثالثة ورابعة قبل أن يكتمل زمن كل منها، لتتدخل هذه المدة مع بعضها، وتتضام حقائقها. فلا يبدو لزمنها من نهاية، وكان فترة

سرياتها غير المحدودة، فرض عين على المصريين جميعا، فلا يكون لهم منها فكاكا. وهو ما نشهده في واقعنا حتى اليوم. وما ذلك إلا لأن السلطة التشريعية لا تفرض رقابتها الحقيقية على مدة إعلان حالة الاستعجال، ولكنها تبسطها تنكصلا منها عن مباشرة واجباتها وفقا للدستور.

ثالثا: على رئيس الجمهورية -خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور قراره بإعلان حالة الاستعجال- أن يعرض هذا القرار على السلطة التشريعية حال انعقادها كي تجل بصرها فيه لتقييم جوانبه المختلفة، وعلى الأخص ما تعلق منها بنوع المخاطر التي قصد رئيس الجمهورية إلى مواجهتها. ويفترض في السلطة التشريعية عندئذ أن تثير حوارا حقيقيا حول هذه المخاطر، وقوفا على ماهيتها، وتحريرا لمصادرها، وتحديد درجة جسامتها، وأن ترن ذلك كله بنظرة محايدة لا تشلهم في شأنها غير مصلحة الوطن، وعليها بالتالي أن تعتمد في تقديرها توافر هذه المخاطر أو تخلها، على حقائق موضوعية لا يجوز لأحد أن يترفعها ولا أن يصورها على غير حقيقتها.

وعلا بالفقرة الثانية من المادة ٤٨ من الدستور، يتعين على رئيس الجمهورية إذا كان مجلس الشعب منحلًا، أن يعرض قراره بإعلان الحالة الطارئة على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

وكان الأولى أن يدعى البرلمان المنحل للنظر في حالة الاستعجال فور إعلانها حتى لا يستغل زمنها بغير مبرر، خاصة إزاء الطبيعة الاستثنائية للسلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي أعلن بسببها حالة الاستعجال. وهي سلطة وخيمة عواقبها؛ سواء في طرائق مباشرتها، أو على صعيد نطاق عدولها على حقوق الأفراد وحيرياتهم.

رابعا: لرئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير المفولة له بمقتضى القانون وله كذلك أن يضيف لها حقوقا جديدة يباشرها غير المنصوص عليها في هذا القانون، وهذه الحقوق الجديدة المضافة إلى الحقوق المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٨٨. وعلى رئيس الجمهورية أن يعرض عندئذ هذه الحقوق لتبقيها أو تلغيها أو لتقيده ببعض جوانبها.

خامساً: وتظل السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية -في عموم تطبيقاتها- مقيدة بمجابهة المخاطر الدائمة -ولو كانت من طبيعة اقتصادية^(١)- على تقدير أن هذه المخاطر هي التي تترافق بها ضوابط للشرعية الدستورية في أوضاعها المعتادة، لتحل محلها شرعية استثنائية قوامها الضرورة الملجئة، ويقرر متطلباتها.

لا فرق في ذلك بين الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية قبل الدستور القائم أو بعده. ذلك أن ما تنص عليه المادة ١٩١ من الدستور. من أن كل ما قرره القوانين واللوائح السابقة على صدوره، يبقى صحيحاً وناظراً إلى أن تحلها السلطة التشريعية وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في الدستور، مؤداه أن تبقى نافذة أوامر رئيس الجمهورية الصادرة قبل هذا الدستور، وأن يظل سريانها جارياً بعده، وإن كان ذلك لا يظهرها من العيوب الدستورية التي قد تشوبها، ولا يحسمها من الطعن بعدم دستورتها -وفق ضوابط الشرعية الدستورية محددة على ضوء ما بنياء فيما تقدم، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية التي تصدر في ظل الدستور القائم^(٢).

فإذا جاوز رئيس الجمهورية -فيما أصدره من أوامر- نطاق هذه الضرورة، تعين إبطال أوامره.

(١) من بين المخاطر الاقتصادية تفشى البطالة وارتفاع معدل التضخم وانتشار الجوع.
(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية "عليها" دستورية بطلتها المعقودة في ١٩٧١/٣/١ بأن دستور عام ١٩٧١ وقف بنص المادة ١٩١ عند حد النص على استمرار نفاذها تجلباً لحثوت فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المراسق العامة، وبالعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره. كذلك فإن النص على مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور، لا يظهرها مما قد يشوبها من عيوب، ولا يحسمها ضد الطعن بعدم الدستورية، شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم. فليس مقولاً أن تكون التشريعات التي صدرت قبل العمل بالدستور في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثتها، بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات الصادرة في ظل الدستور، وفي إطار نظمه وأصوله المستحدثة، مع أن رقابة دستورتها أولى وأوجب [ص ١٠٩ من الجزء الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها وحتى نوفمبر ١٩٧٦].

ونظر أيضاً حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ٨ لسنة ٧ قضائية "عليها" دستورية" الصادر عليها بطلتها المعقودة في ٧ من مايو ١٩٧٧ -ساعة رقم ٤٧- ص ٥٨ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا منذ نوفمبر ١٩٧٦ وحتى تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

إبراهيم كذلك حكما في القضية رقم ٥ لسنة ٧ قضائية "عليها" دستورية" ص ١٤٧ من هذه المجموعة.

الفرع الثانيمواجهتها بالقانون

رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨

٥٥٣- يعتبر هذا القانون واحداً من أسوأ القوانين التي عرفتها الحياة التشريعية في مصر. وهو يبلور أخطر القيود على حقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك من الوجهة الأكثر بيانها:

أولاً: أن المصالح التي يجوز لرئيس الجمهورية للتدخل لحمايتها بالتدابير الاستثنائية التي نص عليها هذا القانون، وحددها تفصيلاً، عريضة في اتساعها، بعيدة في آثارها القانونية.

فليس بشرط وفقاً لهذا القانون أن يكون الخطر داهماً -حالاً- ولا أن يكون مفاجئاً. ذلك أن مجرد الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، يكفي لتحقيق الخطر، ولو كان مداه محدوداً، أو كان خطراً متوقعاً.

ثانياً: لا تنحصر التدابير الاستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها، وفقاً لهذا القانون، في تلك المنصوص عليها فيه. وإنما يجوز لرئيس الجمهورية أن يوسع من نطاقها لتشمل دائرتها حقوقاً جديدة يضيفها إلى الحقوق القائمة؛ فلا تكون الحقوق الجديدة غير حقوق يصطلفها، متوسلاً في طلبها، بضرورتها لصون الأمن أو للنظام العام.

يؤيد ذلك أن نص المادة الأولى من هذا القانون، تكمل نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية إعلان حالة الاستعجال على الوجه المبين في القانون؛ وقد حصر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ هذه المخاطر في تلك التي يتهدد بها الأمن أو النظام العام، سواء في مصر كلها أو في أجزاء من إقليمها؛ وسواء كان مصدر هذه المخاطر خارجياً فسي صورة حرب أو تهديداً بوقوعها؛ أم كان داخلياً، كالنشر وباء؛ أو وقوع كوارث عامة؛ أو لأن اضطراباً داخلياً أحدثها.

ولا شبهة في أن صور المخاطر التي أشار إليها القانون وعددها، بجمعها أن من أثرها الإخلال بالأمن أو النظام العام. وهي بذلك مظاهر لهذا الإخلال لا تستغرق حالاته كلها، ولا تحيط بكل صورها.

يظل الأمن والنظام العام هما المصلحتان الوحيدتان اللتان يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لصلتهما وفقاً لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨^(١).

وهما بعد مصلحتان تستوعبان كافة المخاطر -أيما كان نوعها أو مصدرها أو درجتها- إذا كان لها من صلة -أيما كان وجهها- باستقرار الدولة في أمنها وهدوئها وسكينتها.

ثالثاً: وإذا يعلن رئيس الجمهورية حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، فإن قراره في ذلك يجب أن يبين نوع المخاطر التي أورتها كافيّة لإعلانها والمنطقة الإقليمية التي تشملها الأوامر التي يصدرها لرد هذه المخاطر؛ وكذلك بدء سريان هذا الإعلان.

ويلاحظ أن هذا القانون وإن أُلزم رئيس الجمهورية بتجديد وقت بدء سريان حالة الاستعجال التي أعلنها، إلا أنه أعفاه من تحديد نهايتها -ولو بصورة تقريبية، وهو ما تفتتح به مدة سريان حالة الاستعجال، إلى أن يقرر رئيس الجمهورية -في حدود سلطته التقديرية- زوال المخاطر التي تكفل بالتكبير الاستثنائية لقسمها. وفي ذلك مخالفة لنص المادة ٢/١٤٨ من الدستور التي تنص على أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة.

الفرع الثالث

انتهاء حالة الاستعجال

٥٥٤- اختصاص رئيس الجمهورية بإنهاء حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، يرد على المدة الأصلية لسريانها، وكذلك على المدة التي أذن البرلمان بضمها إليها؛ كلما أقر رئيس الجمهورية زوال المخاطر التي أدت إلى إعلانها قبل اكتمال المدة الأصلية، أو المدة المضافة إليها.

ويقع إنهاء حالة الاستعجال في هاتين الحالتين، بقرار من رئيس الجمهورية.

وهو غير لنتهاها بقوة الدستور، إذا لم يعرض القرار الخاص بإعلانها على السلطة التشريعية في الآجال التي حددتها المادة ١٤٨ من الدستور، أو عرض عليها ولم تقره.

(١) نشر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بالجريدة الرسمية في ١٩٥٨/٩/٢٨. وقد عدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٨ ثم بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢، ٥٠ لسنة ١٩٨٢.

الفرع الرابع

خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية

٥٥٥- وتنقسم للتدابير التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تتخلل بالأمن والنظام العام، بما يأتي:

أولاً: جواز أن تشمل هذه التدابير مصر كلها أو أجزاء من إقليمها.

ثانياً: أن لرئيس الجمهورية في كنفها، سلطة إحداث حقوق جديدة غير التي نص عليها المشرع. لتصبح قائمة الحقوق التي يملكها، غير متناهية. كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بتقرير حقوق جديدة يضيفها إلى سلطاته الاستثنائية بما يوسمها ويزيد من نطاق الدائرة التي تشمل فيها^(١)؛ هو تفويض لرئيس الجمهورية -غير نص في الدستور- في تقرير ما يراه من القواعد للقانونية والتدابير العملية كلاً لإزهاق المخاطر التي يولجها. لا يتقيد في ذلك إلا بوجوب عرض الحقوق الجديدة على السلطة التشريعية في أول اجتماع لها، لتقرها أو لترفض الإنذ بها.

ثالثاً: أن الأوامر -الشفهية أو المكتوبة- التي يصدرها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة الثالثة من هذا القانون، لها من اتساعها وشمولها ما يجعلها تنظم الحياة بكل أقطارها.

وهي تنقسم في مجموعها بأنها تحيط بالأفراد في حقوقهم وحريةاتهم؛ وأنها تقيد حرية تداول الأموال، وتكاد أن تعطل حركتها؛ وأنها تصدر على الأخص الحرية الشخصية في كثير من جوانبها. وليس لحرية التعبير معها غير وجود محدود. ومن ثم تتنوع هذه الأوامر في صورها وفي محلها وفي الأثر القانوني التي تتركها.

وقد تصل في قسوتها إلى حد مراقبة الرسائل جميعها والاطلاع عليها بغير إذن قضائي؛ وإلى مصادرة وسائل الاتصال والإعلان والدعاية؛ وإلى إغلاق محال ترويجها أو نشرها، ولو كان ذلك قبل نشر المطبوع أو المحرر أو الرسم.

فلا تكون السلطة الاستثنائية التي يصدر رئيس الجمهورية هذه الأوامر في نطاقها، غير سلطة مفطرة في توحشها؛ خطيرة في عواقبها.

(١) الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

أ. فالأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في شأن الأشخاص، تنال عادة من حريتهم في الاجتماع والتنقل، ومن إقامتهم في أماكن بذواتها، أو المرور عبرها، أو التردد عليها في زمن دون آخر. وقد تصدر هذه الأوامر بالقبض عليهم أو باعتقالهم أو بتفتيشهم دون تقييد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية. وقد يكلفون أداء عمل من الأعمال في غير ضرورة.

ب. وفيما يتعلق بالمحال العامة، يجوز أن تحدد لأوامر رئيس الجمهورية مواعيد فتحها وإغلاقها. وقد تصدر هذه الأوامر بإغلاق أنواع منها، كلها أو بعضها.

ج. ولرئيس الجمهورية أن يقرر الاستيلاء على للمنقول أو العقار، وأن يفرض الحراسة على الأشخاص الاعتبارية، وأن يؤجل الوفاء بالديون التي تستحق على الأموال المستولى عليها، أو التي تفرض الحراسة في شأنها.

د. وقد يصدر في شأن تراخيص الأسلحة أو للذخائر أو المواد القابلة للانفجار على اختلافها، لأوامر بسحبها وبتسليمها وضبطها وإغلاق مخازنها.

رابعاً: وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يوصون الأمن أو النظام العام -من خلال الأوامر التي يصدرها طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨- حتى لا يختل أو ينفرط^(١)، إلا أن السلطة الاستثنائية التي يملكها -ارتكناً إلى هاتين المصلحتين- لها من اتساعها ما يؤذن بفلاتها من كوابحها، ومن الأفراد بها ما يحطها قربة من السلطة المطلقة، وعلى الأخص لأن الرقابة القضائية على هذه الأوامر، فلما تصحبها إلا بعد تنفيذها، ومن خلال الحق في التعويض عنها، وهو حق كثيراً ما يكون لتتضاهه مترخياً، وأقل من أن يكون عادلاً.

خامساً: لرئيس الجمهورية أن يفوض من ينييه في مباشرة سلطاته الاستثنائية. ولا يجوز بالتالي أن يكون هذا التفويض مجسلاً. ولا أن ينقل السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، بنماها إلى من يفوض منها. إذ يعتبر ذلك نكولاً من رئيس الجمهورية عن النهوض بمسؤوليته السياسية في مواجهة المخاطر القائمة. ويزيد من خطورة الأمر أن القوات المسلحة -وكذلك الشرطة- وهي هيئة مدنية نظامية عملاً بنص المادة ١٨٤ من الدستور- تتوليان تنفيذ الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية، وينظمان المحاضر الخاصة بمخالفة

(١) يلاحظ أن مفهوم النظام العام، يتسع لوصون الأمن، إذ الأمن أحد العناصر التي يتطلبها ضبط النظام العام.

هذه الأوامر، ويعاونهما الموظفون والمستخدمون في تحريرها. وتفترض صحة كل واقعة أثبتتها هذه المحاضر، إلى أن يقوم للدليل على عكسها^(١).

وفي ذلك تفويض لافتراض البراءة، وهو أصل يمتد إلى الدعوى الجنائية حتى الفصل نهائياً فيها، وإلى المراحل السابقة عليها، فلا يسقط هذا الافتراض بغير حكم يكون باناً قاطعاً بوقوع الجريمة بكافة أركانها، وينسبها إلى شخص محين بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

سادساً : أن كل مخالفة للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية، تكون عقوبتها هي المنصوص عليها فيها، وذلك دون إخلال بأية عقوبة أشد تقتضي بها القوانين المعمول بها، وبشرط ألا تنص تلك الأوامر على عقوبة تجاوز قدرها، الحد الأقصى المقرر بنص المادة ٥ من قانون حالة الطوارئ^(٢).

ومن ثم يستقل رئيس الجمهورية ربما لا يخل بهذا الحد الأقصى - ببيان قدر العقوبة التي يستتبعها لكل مخالفة حدثتها الأوامر التي أصدرها.

وهي سلطة خطيرة يعيها إطلاقها من القيود، وعدولها على الحرية الشخصية، من خلال عقوبة يفرضها رئيس الجمهورية، ويتصور تحقق الغلو فيها بما ينافي ضوابط تناسبها مع الجريمة.

وليس للسلطة التشريعية من قول في شيء من ذلك، وإنما ينلزم رئيس الجمهورية في حدود سلطته التقديرية، بتحديد أركان كل جريمة تنص عليها الأوامر التي أصدرها، لينتقل الاختصاص بالتجريم، من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية، انتقالاً يكاد أن يكون كاملاً.

الفرع الخامس

تقرير حالة الاستعجال

٥٥٦- لا يباشر البرلمان رقابة حقيقية على إعلان رئيس الجمهورية حالة الاستعجال، ولا على وقت سريان هذا الإعلان بما يؤذن بتحول سلطته الاستثنائية، من سلطة مؤقتة تدور

(١) مادة ٤ من القانون.

(٢) لا يجوز أن تزيد العقوبة التي تنتهسها الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية - عملاً بنص المادة ٥ من القانون - على الأشغال الشاقة المؤقتة أو على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه. فإذا لم تكن هذه الأوامر قد بيّنت العقوبة على مخالفة أحكامها، فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تجاوز خمسين جنهما، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مع المخاطر وجوداً وعمداً، إلى سلطة دائمة تبلور نهجاً سلوكياً مطرداً، ولو كان تطبيقها مجاوزاً كل منطق.

وما نشهده حتى اليوم، هو أن الرقابة التي يفرضها البرلمان في شأن حالة الاستعجال ومنتها، هي رقابة مظهرية لا فعلية، لأنها رقابة نظرية لا عملية في حقيقتها.

ذلك أن الأصل في المخاطر التي تولجها حالة الاستعجال، هو حلؤها لا تراخيها؛ وإضرارها بمصالح عريضة في جوهر ملامحها.

كذلك فإن الأصل في الرقابة البرلمانية أن يكون لها من حزمها ما يؤكد فعاليتها في تقرير مسئولية رئيس الجمهورية -سياسياً- عن الأوامر التي أصدرها.

ولا كذلك خضوع الأغلبية البرلمانية للسلطة التنفيذية توجهها وتسلط عليها. فلا تدين إلا لها، لتحملها دوماً على إقرار تصرفاتها. فلا تفعل أكثر من دعم رئيس الجمهورية في موقفه من إعلان حالة الاستعجال، ومن الأوامر التي أصدرها، ومن نوع الجرائم التي أحدثها، ومن تدابير القبض والاعتقال التي اتخذها.

بل إن الرقابة البرلمانية -حتى مع افتراض فعاليتها- تكون غائبة تماماً خلال الفترة الواقعة بين حل السلطة التشريعية وأول اجتماع لها بعد تشكيلها الجديد.

٥٥٧- وإذا كان الأصل هو ألا يبسط المشرع نطاق التدابير التي يخولها لرئيس الجمهورية وقت سرعان حالة الطوارئ بما يعدم أو يقيد بصورة خطيرة حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا أن يضيّقها بما يعجز رئيس الجمهورية عن مواجهة أوضاع استثنائية لها مطالباتها المنطقية. فقد تحين أن تكون محقوبة هذه التدابير، شرطاً أولياً لموازنة الضرورة للملحة باحتياجاتها.

٥٥٨- وفي مجال تقييم حالة الاستعجال، يتعين أن يلاحظ.

أولاً: أن إقرار السلطة التشريعية إعلان حالة الاستعجال أو زيادة منتها يجب أن يحصل على موافقة أغلبية خاصة من بين أعضائها.

ولا كذلك الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم التي نقل كثيراً عما يلزم لإقرار تدابير استثنائية في طبيعتها، مترامية في آثارها.

ثانياً: أن حق رئيس الجمهورية في أن يحل جرائم القانون العام، إلى محاكم أمن الدولة - الاستثنائية في تشكيلها وإجراءاتها ومصدر أحكامها - ينقض حق مرتكبيها في المثل أمام قاضيه الطبيعي. وهو قاض لا يحل في تحديده بإدارة المشرع ولو حدد سلفاً أنواع القضايا التي عهد بها إلى الجهة القضائية التي عينها، وإنما هو قاض يكون مهتماً أكثر من غيره بالفصل في القضايا التي يختص بها - لا لأن المشرع عهد بها إليه، وإنما على ضوء طبيعة هذه القضايا وما يلائمها من أوضاع تخصصها وتتصل بها، لتكون هذه الطبيعة وتلك الأوضاع، عنصراً موضوعياً فيها يميزها عن غيرها^(١).

ومن ثم يكون نص المادة ٦٨ من الدستور، قيداً على السلطة التشريعية، ويفترض فيها أن تنزل على فحواه، في مجال تحديدها لمفهوم القاضي الطبيعي، وإلا تعين إبطال كل قانون يصدر عنها بالمخالفة لهذا المفهوم.

كذلك فإن الأصل في جرائم القانون العام، أن تكون المحاكم المدنية هي قاضيها الطبيعي. فإذا انتزع رئيس الجمهورية جانباً من هذه الجرائم، وأحالها إلى محاكم أمن الدولة لتفصل نهائياً فيها، كان ذلك تمييزاً غير مبرر بين مواطنين تتحد مراكزهم القانونية التي تقوم على وحدة مكوناتها. والتي تفترض خضوعهم بكل فئاتهم، للقضاء عنهم.

ولم يزل ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

<>إن الناس جميعهم لا يتمايزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عيناها، ولا في فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها، ولا في اقتضائاتها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها، ولا في طرق الطعن التي تنظمها. وإنما تكون للحقوق عيناها قواعد موحدة في مجال طلبها، وتحصيلها، والطعن في الأحكام التي تنطق بها.

ولا يجوز بالتالي أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر في شأن إعمال هذه القواعد، بما يحلها لفريق من بينهم أو يفقدها^(٢).

(١) انظر في مفهوم القاضي الطبيعي - القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١٠٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموع أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص ١١٣، ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثالثاً: أن ما تنص عليه المادة ٨ من قانون حالة الطوارئ، من تفويض رئيس الجمهورية على المناطق الخاضعة لنظام قضائي خاص، أو بالنسبة إلى قضايا بذواتها يحددها - سلطة إسداد الفصل فيها إلى دوائر لمن دولة يتم تشكيلها بكامل أعضائها من الضباط، مع تقديرها بالقواعد الإجرائية التي نص عليها رئيس الجمهورية في أمر تشكيلها، يناقض قاعدتين لرسمتهما المحكمة الدستورية العليا.

رابعاً: أن انتزاع رئيس الجمهورية قضايا بذواتها من المحاكم المدنية التي تختص أصلاً بالفصل فيها، وإسداد نظرها إلى محاكم لمن الدولة التي ليس لها ضماناتها، يعتبر تدخل في شئون السلطة القضائية التي تقتض بوجدها على القضايا التي تدخل في اختصاصها، فلا يكون توزيعها فيما بين محاكمها إلا عملاً داخلياً لا يجوز لجهة دخيلة عليها أن تقتحم نفسها فيه^(١).

خامساً: أن التنظيم الإجرائي للفصومة القضائية، وإن كان لا يفترض وحدة الأشكال الإجرائية التي تصاغ الفصومة فيها، إلا أن المحكمة الدستورية العليا تقيم قيداً جوهرياً على حرية المشرع في اختيار البدائل الإجرائية لتنظيم الفصومة القضائية، وذلك بنصها على أن تحدد الأشكال التي يقتضيها إنفاذ حق التقاضي، لا يجوز أن يخل بأية ضمانات جهرية تمثل إطاراً حيوياً لصون الحقوق على اختلافها، بما يرد العنوان عنها من خلال قواعد قانونية يكون إنصافها حاللاً دون تحيفها على أحد^(٢).

هاتان القاعدتان اللتان تجيزان تنوع الأشكال الإجرائية للفصومة القضائية، وتمنعان تدخل السلطة التنفيذية في أية خصومة قضائية ولو من خلال إعادة توزيعها للقضايا - لتفصل فيها جهة غير التي تختص أصلاً بنظرها، تكملها قاعدة ثالثة موداها أن كل خصومة قضائية لا يفصل فيها غير قاضيه الطبيعي، ولو كان هذا الفصل والعم في إطار الأوضاع الاستثنائية. ذلك أن عرض كل خصومة على قاض يكون أقرب من غيره لأوضاع ومتطلبات الفصل فيها، من للقواعد الأولية التي فرضتها الأمم المتحدة في توصلها مع بعضها البعض، وفيما تقيد به نفسها من الضوابط التي تلزمها في سلوكها، فلا يكون إهدارها أو التخلي عنها، مقبولاً.

(١) و(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٣٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٥٠/١٢/٢ - مساعدة رقم ١٤ - ٢٤٧ من الجزء السابع من أحكامها.

ولا شبهة في أن أية محكمة يشكلها المشرع من الضباط وحدهم، تكتو بخصائصها هذه، عن مفهوم القاضي الطبيعي.

ذلك أن أعضائها لا يمثلون إلا السلطة التي يدينون لها بالولاء، ويتلقون منها تعليماتهم. وهي سلطة وإن كانت غير مدنية؛ إلا أن المشرع عهد إليها بالفصل في أية مخالفة يرتكبها مدنيون للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية. وهو ما يبلور كذلك عدوانا خطيرا على استقلال السلطة القضائية وتجردها.

رابعاً: أن ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون حالة الطوارئ من أن الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة، لا تكون نهائية (إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية، مؤداة أن نصير السلطة التنفيذية شريكاً في أعمال السلطة القضائية، بما يجيز إعادة النظر فيها وتحرير بديلاً).

وما يقال من أن هذا التصديق يتدخل في العمل القضائي، وتلقفه بالتالي الصفة القضائية لهذا العمل^(١)؛ مردود بأن العناصر التي تتدخل مع بعضها، تفرض نواقيسها فيما بينها بما يجعل انتكاسها متصوراً.

ولا كذلك سلطة التصديق، التي يتولاها رئيس الجمهورية أصلاً، والتي لا تلتزم خصائصها، وطريقة تكوين الحكم القضائي باعتباره فاصلاً بصورة محايدة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفاً، في خصوصية محورها الحقوق المتنازع عليها بين أطرافها.

خامساً : وما تنص عليه المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ من أن لرئيس الجمهورية عدد عرض الحكم عليه أن يبدل العقوبة المقررة بها بما هو أقل منها؛ وأن يخففها؛ وأن يلغى أية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية؛ وأن يجعل العقوبة -كلها أو بعضها- موقوفة تنفيذاً؛ وأن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى الجنائية، أو مع الأمر بإعادة محاكمة المتهم أمام دائرة أخرى؛ كل ذلك يناقض ما هو مقرر دستورياً من أن السلطة التنفيذية لا يجوز أن تجهض حكماً قضائياً قبل صدوره؛ ولا أن تقرر إنهاء آثاره بعد النطق به؛ ولا أن تعطل اكتمال تنفيذه؛

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية رقم ٩ لسنة ١ قضائية دستورية الصادر عليها في جلساتها المعقودة في ١٩٨١/٢/٧ المنشور في ص ١٧٢ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكامها - أن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، تعتبر جهة مستقلة عن جهتي القضاء العادي والإداري، وأن اعتماد مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي لقراراتها لا يجيبها، وإنما يتدخل في عمل اللجنة القضائية وتلقفه لزوماً للصفة القضائية لقراراتها، وهو ما نراه محل نظر.

ولا أن تحول بنیان العناصر التي قام عليها؛ ولا أن تعيد تشكيلها في صورة جديدة؛ ولا أن تكمل أجزاء قصر في رتبها عن أن يحيط بها؛ ولا أن تزيل بنفسها ما اعترضه من غموض؛ ولا أن تفرض فهمها على فحواه. شأن السلطة التنفيذية في ذلك، شأن السلطة التشريعية التي كفل الدستور استقلال السلطة القضائية في مواجهتهما؛ وحظر تدخل إحداها في شؤونها أو تعويق أعمالها أو تحريفها، وكفل لأحكامها -ولو لم تكن نهائية- حجتها، فلا تسقطها السلطة التنفيذية أو التشريعية بعمل من جانبها^(١).

٥٥٩- وتردد المحكمة الدستورية العليا ذلك بقولها :

>>>على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعمل تشريعي أن يقض قراراً قضائياً ولا أن يحور الأثر الذي رتبها، ولا أن يحل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها. ذلك أن موضوعية خضوع السلطة القضائية للقانون يفترض استقلالها لضمان حصول من يلوذون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها لرد عدوان على حقوقهم أو حرياتهم. كذلك لا تقل حينئذ شأنها عن استقلالها، إذ هما عنصران فاعلان في صون رسالتها، بما يؤكد تكاملهما^(٢)<<.

مبدأ: وتحليل نص المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ، مؤداة أن لرئيس الجمهورية أن يفعل بالأحكام القضائية ما يشاء، يقيها أو يلغيها أو يعدلها أو يمتددها، كل ذلك في إطار سلطة تقديرية لا قيد عليها، وهي سلطة يصير بها خصماً وحكماً في شأن الأوامر التي أصدرها.

فالمخالفون لهذه الأوامر يقدمون إلى محاكم أمن الدولة بدرجتها الجزئية والعالية. وهي تتصل في جرائمهم بما لا يخل بالقواعد الإجرائية الخاصة التي نص عليها قانون حالة الطوارئ، وأهمها خضوع أحكامها للتصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية، وإمكان تحويله لبنياتها من خلال مباشرته لسلطة التصديق التي لا تجرد فيها، على تقدير أن المصدق يعتبر طرفاً في الأوامر المتظلم منها أمام هذه المحاكم. وهو ما ينالض المادتين ١٦٥ و ١٦٦ من

(١) "دستورية عليا" -طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٥ قضائية- جلسة ١٩٨٨/٤/٢- من ٣٧٧ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٩- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- من ٧٦٩ و ٧٧٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الدستور اللتين تفترضان في العمل التقضائي ألا يصدر عن نزعة شخصية تبلور أهواء النفس أو عرائها.

٥٦٠- ويظل المضمون الحق لكل قانون، مرتبطاً بكيفية تطبيقه، وإن تعين القول بأن الشرعية الدستورية لا شأن لها بالدولاء الشخصية للقائمين على تنفيذ القانون. وإنما النصوص التي احتواها على مضمونها وأثارها القانونية- هي التي يجب تقييمها من منظور اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

سابعاً: ليس ثمة قانون ألدح خطراً على حقوق المواطنين وحرياتهم، من قانون حالة الاستعجال التي نراها قائمة في مصر حتى اليوم لا تفارقها في ليلها وضحاها، وكان مصر مسجاة لهذا القانون، ولو قيل بأن تطبيقه مقصور على عتاة المجرمين والإرهابيين.

ذلك أن دوام حالة الطوارئ في مصر يناقض حقيقة أن مخاطر الإغلال بالأمن أو بالنظام العام، لها طبيعة استثنائية وعرضية في آن واحد Exceptionnelle et transitoire؛ وأن حالة الاستعجال تبلور خطراً جسيماً يهدد الدولة ذاتها، سواء في وجودها أو تواصل بقائها كالغزو والعصيان والمجاعة والوباء. أو بتعبير أدق، حالة تنجم عنها مخاطر لها بأسها، وتتأزم بها الأوضاع القائمة، بالنظر إلى علو هذه المخاطر في طبيعتها الاستثنائية، Highly exceptional، وضرورة مواجهتها بالتدابير الكافية لتخطيها^(١).

وهو ما تؤكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن الأصل في حالة الطوارئ أن يكون إعلانها لمواجهة نذر خطيرة تتهدد بها المصالح القومية. وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهمة^(٢).

(١) انظر في ذلك المادة ٤ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية. وشبه بها قانون كندا يعرف حالة الاستعجال على النحو الآتي:

L'état d'urgence est une situation de crise causée par des menaces envers la sécurité du Canada d'une gravité telle qu'elle constitue une situation de crise nationale.

(٢) "دستورية" طلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية تفسير- قاعدة رقم ١- ص ٤٦٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

الفرع السادس

موقف القانون المقارن من حالة الاستعجال

٥٦١- تلك حالة الاستعجال في مصر - التي لا انقطاع في تواصل حلقاتها - فهل تنفق شريعتها والمفاهيم المائدة بين الدول.

أ. وهل يتفق قانون حالة الاستعجال سركلها الأصل في الأوضاع التي تعاشها، لا الاستثناء منها، وما تكس عليه الفقرة الأولى من المادة ٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من أن للدول أطرافها - إذا دهمها خطر طرأ عليها بما يهدد حياة أمتها^(١)، The life of the nation أن تتخذ لرد هذا الخطر عنها، تدابير تخرج بها على التزاماتها المقررة بمقتضى هذا العهد، بشرط أن يكون الإعلان عن هذا الخطر قد تم رسمياً، وأن تصدر هذه التدابير عنها، بما لا يجاوز قدر الضرورة التي تقتضيها مواجهة الأوضاع الطارئة عليها To the extent strictly required by the exigencies of the situation وبمراعاة ألا تخل تلك التدابير بالتزاماتها التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، وألا يكون دافعها الوحيد إلى اتخاذها، تقرير تمييز يقوم في مبداه على الأصل الاجتماعي أو العرق أو اللون أو العقيدة أو اللغة أو الجنس^(٢).

ب. كذلك فإن نص المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وإن خول كلا من الدول أطرافها - في حالة الحرب أو للخطر العام الذي يهدد حياة شعبها - الخروج على

(١) لا تلحن حالة الاستعجال في كندا إلا من قبل الحكومة المركزية، ولمخاطر قومية، وهي حالة وإن لم يصح التستور عليها، إلا أن القضاء يقول باندرجها ضمن قواعده. وهي تفول البرلمان سلطات واسعة وتتغل بها في اختصاصات المجلس التشريعية للمقاطعات. ويسرون ذلك بأن المصالح الذاتية للمقاطعات، تنقلب إلى مصالح مجمعة للحكومة المركزية

Gerald - A. Beaudoin, Constitution du Canada, 2 e Tirage, revisee, 1991, p.138.

(٢) ووفق على هذه الاتفاقية، وفتحت للتصديق عليها والانضمام لها بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 A (XXI) في ١٢/١٢/١٩٦٦ ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها تقتضى بأن طرود الأخطار المشر إلىها في فقرتها الأولى لا يجوز الخروج على أحكام المواد ٦، ٧، ٨ منها. وهي في مجملها تتلحق بحق الإنسان في الحياة وبامتناع تنفيذ عقوبة الإعدام - في الدول التي تجزها - في غير أكثر الجرائم خطورة، وحظر تنفيذها على الحوامل، وعدم جواز توقيعها على من هم دون الثامنة عشرة، وكذلك حظر الإبادة الجماعية العرقية، أو فرض عقوبة أو معاملة قاسية أو مهينة للإنسان، بما في ذلك حظر تخذيبه واسترقاقه، وأشكال التماثل في الأشخاص على اختلافها - Slave Trade وإجراء تجربة طبية أو علمية عليه، بغير رضاه.

التزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، إلا أن هذه الاتفاقية تلزمها بالألا تخط في الوقت ذاته بأحكام مواد الاتفاقية ٢ و ٤ و ١٧ التي تمنعها من استبعاد الأشخاص، أو تعذيبهم، أو تقرير قوانين جنائية بأثر رجعي، أو إهدار الحق في الحياة، ما لم يكن لإزهاقها قد نجم عن أعمال حربية مشروعة.

بما مؤداه أنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الخطر ماثقاً، فإن ثمة قيوداً لا يجوز أن تسقطها السلطة التنفيذية في مواجهتها لهذا الخطر، حتى مع تزايد استيائها في الأوضاع الاستثنائية التي تحيط بها.

ج. وتفرض الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، قيوداً مماثلة على السلطة الاستثنائية التي تكفلها هذه الاتفاقية للدول أطرافها في زمن الحرب، أو الخطر العام، أو غير ذلك من الأوضاع الطارئة التي تهدد أمنها واستقلالها. ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من تلك الاتفاقية لم تجز الخروج على أحكامها حتى مع تحقق هذه المخاطر، إلا بقدر الضرورة التي يقتضيها دفعها، وبشرط ألا تقتض التدابير التي تتخذها لرد تلك المخاطر، التزاماتها الأخرى التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، وألا تقوم على تمييز يرتكز على العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو العقيدة، أو الأصل الاجتماعي.

وتنص للفقرة الثانية من المادة ٢٧ من الاتفاقية المشار إليها، على أن الحق في الشخصية القانونية والحق في الحياة، وفي التحرر من الرق، وفي سريان القوانين الجنائية بأثر مباشر، والحق في اعتناق أية عقيدة، وفي تكوين أسرة، والحق في الاسم، وحقوق الطفل، والحق في الجنسية، والحق في الإسهام في العمل العام، والحق في الانتفاع بكل ضمانة قضائية تقتضيها حماية هذه الحقوق جميعها، لا يجوز وقفها^(١).

الفرع السابع

اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية

بعد إعلان حالة الطوارئ

٥٦٢- ويلاحظ أخيراً أن الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بعد تعديلها بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠- وإن خولت رئيس الجمهورية متى أعلن حالة الطوارئ، أن يحيل إلي القضاء العسكري أيًا من الجرائم التي

(١) هذه الحقوق المنصوص عليها في المواد ٢٣، ٢٠، ١٩، ١٨، ١٢، ٩، ٥، ٤، ٣ من الاتفاقية.

يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، وكانت المحكمة الدستورية العليا -وفي نطاق اختصاصها بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً- قد قررت أن ما قصده القانون بتلك الفقرة، هو جواز إحالة كافة الجرائم المشار إليها فيها سواء كانت هذه الجرائم محددة بنوعها تحديداً مجرداً، أم كانت معنية بذواتها بعد ارتكابها فعلاً^(١)، إلا أن قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك، لم يكن فصلاً في اتفاق هذه الفقرة أو خروجها عن الدستور، بل يقتصر نطاق هذا القرار على تحديد ما نوحاه المشرع منها على ضوء عباراتها والأعمال التحضيرية التي قارنتها.

وبتحديد المحكمة الدستورية العليا لهذا القصد على النحو المتقدم، يفتح طريق إبطال حكم المادة ٢/٦ من قانون الأحكام العسكرية، ذلك أن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في شأن الفقرة المذكورة، مؤداه جواز أن يحل رئيس الجمهورية كافة الجرائم -سواء فيها جرائم القانون العام- إلى قضاء استثنائي بطبيعته لا تتوافر فيه ضمانات الحيدة والاستقلال، ولا القواعد الملصقة التي تتم على ضوءها محاكمة المتهمين للمبتليين أمام المحاكم العسكرية. فلا يكون إسناد هذه الجرائم إلى هذه المحاكم، غير خروج مباشر على نص المادة ٦٨ من الدستور التي تخول الناس جميعهم، حق اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي..

(١) دستورية عليا -الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "تفسير" قاعدة رقم ١-س ٤٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

المبحث الرابع

ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام

٥٦٣- ترتبط حالة الاستعجال بوجود مخاطر شديدة الوطأ Dire، أصيلة Genuine في ماهيتها؛ لا متوهمة أو زائفة Subterfuge في مظاهرها؛ غير مستطاع توقعها أو دفعها بالنظر إلى عنصر المداخلة فيها، وعق آثارها- بالوسائل القانونية المعتادة التي تقصر فرصها سواء في طبيعتها أو توقيتها- عن أن توفر للدولة وسائل الدفاع الملائمة عن كيانها أو مؤسساتها.

ويتعين بالتالي أن تأخذ جهة الرقابة على الدستورية في تقييمها لهذه الحالة، بمجال حد التقدير The margin of appreciation.

ذلك أن الدول جميعها لا تواجه المخاطر التي تعرض لها، إلا من خلال تقدير مبدئي يصدر عنها في شأن عنصرين:

أولهما: وجود هذه المخاطر في حقيقتها، وخصائصها، ومداه.

ثانيهما: ما يناسبها من التدابير للتخلص منها.

ويفترض في هذا التقدير المبدئي -بمحصريه- أن يكون ملطفاً. وهو يكون كذلك إذا كان واقعاً في حدود تقتضيها ضرورة رد هذه للمخاطر على أعقابها. ولا كذلك أن يكون هذا التقدير قائماً على الاندفاع أو التهور أو الأهواء. وإنما هو تقدير موضوعي مبناه حقائق قائمة تشهد بها الأوضاع الماثلة -لا في كل تصنيفاتها- وإنما في العريض من خطوطها؛ وفيما هو ظاهر من ملامحها، وإمراعاة أمرين.

أولهما: أن موضوعية المخاطر، تفترض وجوداً واقعياً لعناصرها؛ وتقديراً متوازناً لوجه إضرارها باستقرار الجماعة، أو دولم حياتها المنظمة. ويفترض تلك تماثل هذه المخاطر، وإدخالها، وعق آثارها.

ثانيهما: أن تقابل هذه المخاطر بتدابير استثنائية لها من تنوعها، ومرونتها، وحزمها، ما يكفل إجهاضها، أو يحول دون تفاقم أضرارها.

ومن غير المتصور بالتالي اللجوء إلى سلطة استثنائية لا ضابط لها، لمواجهة مخاطر قائمة بكون دفعها بالوسائل القانونية المعادة كافيا. وهو ما يقتضي العمل بالتدابير الاستثنائية في أضيق الحدود التي تقوم بها الضرورة الملحة التي تزيد وطلتها عما يكون من صور الحظر مألوقا أو متداولكا^(١).

(١) انظر من ذلك مقالة عنوانها:

Judicial Review of State derogations from human rights obligations in International treaties.

-International- وقد نشرت هذه المقالة في الصفحات من ٤ إلى ١٧ من الكتاب السنوي لحقوق الإنسان الصادر عن: Institute of Human Rights Society, New Delhi, Human Rights Year - Book 1993, Released by Dr. Awad El Mor (Chief justice of The Supreme Constitutional Court of Egypt) Edited by P.H. Parekh.

الفصل الثالث

سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستورها

المبحث الأول

خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها

٥٦٤- لا تبقى الحرب ولا تترك. ولكنها تأكل الأخضر واليابس. تكفر بنتائجها وجوه، وتعلو جباه. وليس مثل أهوالها شيء. ذلك أن دائرة التدمير التي تشملها غير متناهية، سواء كان للتدمير نفسيا أو ماديا. والحقوق التي تهدرها، والدماء التي تريقها لا ينقصان عن آثارها. ومخاطرها تحيط بكل ما حولها، وليس الحق دائما في جانبها.

وكثيرا ما يكون الدخول فيها تعاليا بالقوة في غرستها، واستصحابا من بعض الدول لأهوالها في فرض كلمتها على الآخرين. فلا تكون حروبها غير تعبير عن نزواتها وإنكار للحق في الحياة، وكأنها من خلقها.

ولأن الحرب آثارا خطيرة بالنظر إلى مساسها المباشر بأمن الوطن؛ وكان إعلانها يعني القبول بشروطها، وتحمل نتائجها، والتعويض عن أضرارها، وعلى الأخص ما اتصل منها بأموال المواطنين وحرياتهم؛ وكان خسراتها مؤداه أن يفرض المنتصرون كلمتهم، فقد ارتبط شدتها بالسلطة التي حولها الدستور هذه للولاية.

وتفصح الحقائق العملية وكذلك النصوص القانونية المنظمة لاختصاص إعلان الحرب، عن أن الدول تنقسم في ذلك، إلى عدة فرق؛ إحداها؛ أن رئيس الجمهورية هو الأكر والأكثر على تقييم الأوضاع الدولية التي يتصل بقرار إعلان الحرب بها. وتولي ثانيها؛ حق هذا الإعلان للسلطة التشريعية بنفسها ودون غيرها، على تقدير أن مصادر الثروة في بلد ما ودماء أبنائها، لا يجوز أن يفرد بتقرير مصيرها شخص واحد هو رئيس الجمهورية، وإن كان ذلك لا يخل بحقه في أن يتخذ منفردا كل تدبير يراه ضروريا لمواجهة هجمة مفاجئة على بلده. ورئيس الجمهورية كذلك أن يعمل منفردا إذا لم تكن السلطة التشريعية منعقدة. ذلك أن حالة الحرب حالة واقعية يتعين أن يواجهها رئيس الجمهورية بالتدابير الملائمة^(١). فلا تبقى

(١) The Prize Cases, 2B1. (67U.S.)635, 669(1863); See also, The Protector, 12 Wall. (79U.S.) 700-702 (1872).

الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، أو ضد المواطنين فيها، أو ضد مصالحهم التجارية في البحار، بغير رد.

وتحرص ثالثها: علي أن يكون قرار إعلان الحرب محصلة توافق أو اتفاق فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية علي شأنها، توخيا للحصول علي أكبر قدر من الإجماع علي تحمل مسئوليتها ومواجهة مخاطرها. ويعهد رابعها: بهذا الاختصاص -علي الأقل في الدول الفيدرالية- إلي مجلس الشيوخ بها، علي تقدير أنه أقل عددا من مجلس النواب، وأكثر حكمة. ولأن الولايات غالبا ما تكون ممثلة فيه بصورة متكافئة بما يرعي مصالحها.

٥٦٥- وفي مصر تنص المادة ١٥٠ من دستورها، علي أن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى لقواتها المسلحة، وهو يطن الحرب بعد موافقة السلطة التشريعية.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يتولى الكونجرس -لا رئيس الجمهورية- إعلانها عملاً بالفصل الثامن من المادة الأولى من الدستور الفيدرالي التي تخول الكونجرس كذلك، تكوين الجيوش ودعمها Raise and Support Armies من خلال رصد الأموال اللازمة لها لفترة لا تزيد علي سنتين. وللكونجرس كذلك الحق في تكوين وصون الأسطول، وأن ينظم الميليشيا ويسلحها ويعمل علي ضبط نظامها. وهو يدعوها لتنفيذ قوانين الاتحاد، ولسحق كل عصيان أو تمرد. وسلطته في ذلك عريضة في اتساعها إلي حد تجويزها في زمن الحرب، القوانين التي تعتبر مخالفة للدستور في زمن السلم. ذلك أن هذه السلطة لا تتناول بالتنظيم مسائل تدخل عادة في اختصاص الولايات الأعضاء في الاتحاد. وهي تتخذ لتحقيق ذلك، ما تراه من القوانين الملائمة والضرورية (١) The proper and necessary clause.

(١) M.Farrand, The Records of the Federal Convention of 1787 (New Haven: rev.ed. 1937), 313.

وقد دافعت أصوات قليلة عن أن الاختصاص بإعلان الحرب، كان يجب أن يعهد به إلي رئيس الجمهورية الذي لن يشن حرباً إلا إذا كانت الأمة تؤيده فيها.

المبحث الثاني

الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة

٥٦٦- وأيا كانت الجهة التي اختصها الدستور بإعلان الحرب، فإن إعلانها يقتضيها أن توفر الأوضاع الأفضل التي يقتضيها الدفاع عن الوطن. وعليها بالتالي أن تعمل جاهدة على أن يتهاججيوها على اختلالها، لكثير الوسائل القتالية كفاءة وأفضل الفرص لإدارة عملياتها الحربية، وأن تتعامل مع الأوضاع التي ألزمتها الحرب حتى بعد انتهاء الأعمال العدائية، وأن يكون ذلك كله موكولا إلى حكمته وحسن تقديرها. وبمراعاة أن سلطتها التقديرية في ذلك لا تقتصر على مجرد قهر الغزاة ورد العصاة على أعقابهم، ولكنها تحمل في أعقابها سببا للضرورة- حق الاستفزاز بما يحول دون تجدد القتال^(١)، وكذلك سلطة مواجهة الشرور الناجمة عن الأعمال القتالية، ليس فقط اعتبارا من بدنها وحتى انتهائها. وإنما كذلك لتعويض المضطربين عما تلحقهم من نتائجها بعد انتهاء القتال.

ذلك أن إعلان الدولة حربا على غيرها، يخولها كامل سلطاتها التي يندرج تحتها اتخاذ كل إجراء وتبدير يؤثر في عملياتها، ويوجهها. فلا يلحصر مداها في سحق الغزاة والمتمردين، ولا في ردعهم عن حدود الدولة الإقليمية. وإنما تنبع سلطاتها لمهام الدفاع عن الوطن بكل صورها، بما في ذلك تجهيز الجيوش وتنظيمها وتسلحها، وصون معداتها القتالية وتطويرها، وضمان تكلفتها في توقيتاتها على مسرح القتال، وتحقيق أمن أفرادها من أية مخاطر يكون النزق أو الإهمال سببها، ولا تقتضيها الأعمال الحربية في ذاتها، ولا الطبيعة العرضية لأثرها.

ويتصل بضرورة التجهيز للحرب، ودعم وسائل وفرص الفوز بها، أن القوات المسلحة قد تلحق حاجتها لبعض المتطوعين للعمل في وحداتها، وعلى الأخص في قواتها ووسائل دفاعها الجوية بالنظر إلى ما طرأ من تطور خطير على صناعة الطيران الحربي، والقدرة الفائقة للطائرة الحربية على إطلاق قذائفها بدقة متناهية وإمكان اعتراضها هي والطائرة التي تحصلها قبل أن تصل أهدافها، وتعد وسائل الدفاع جوا، وتطور شبكتها، والقوة المدمرة لصواريخها.

وإن تفاضل القوات المسلحة بين هؤلاء المتطوعين، فذلك لاختيار أفضل العناصر من بينهم، بالنظر إلى ملكاتهم العقلية وإمكاناتهم البدنية وجرائهم وحياتهم وثباتهم وهندسهم

(١) Stewart v. Kahn, 11 Wall. (78 U.S.) 493 (1871).

أعصابهم، وسرعة تصرفهم في التعامل مع الأوضاع الحربية المتغيرة، وقدرتهم على اتخاذ قرار حاسم بشأنها قد يؤثر في مصيرها.

ومن ثم تكون مهاراتهم Skill؛ وطريقة أدائهم لولجباتهم، Performance؛ وسرعتهم في اتخاذ القرار Speed، وثباتهم Reflexes وقوة أعصابهم Nerves وجراثيمهم Guts، وصفاء ذهنهم Brains؛ شرطاً لاستخدامهم.

لا تمييز في ذلك بين الرجل والمرأة. إذ الجدارة بكافة عناصرها، هي التي تقدم بعضهم على بعض، وهي التي تتوافر بها عناصر التفرد التي يتفاضل بها بعض المتزاحمين على الوظيفة على بعض، ليكون مناهل أولويتهم في شغلها، تفوقهم Excellence من جهة قدر استعدادهم Readiness وتأهبهم Preparedness وصلابتهم Strength ومرونتهم Flexibility. ودون ذلك يكون التمييز بين الرجل والمرأة غير مشروع، ومخالفًا للدمشور.

٥٦٧- ويظل ثابتاً أن الاستعداد للحرب زمن السلم، هو أقصر الطرق ولوقتها لضمان تجنبها The surest means of avoiding war, is to prepare it in peace.

ذلك أن القوة لا تردعها إلا قوة توازيها أو ترجحها، فلا يكون التقابل بين فوقين غير تقدير لعناصر التوازن أو للتفاضل بينهما.

وفي ذلك ضمان لإجهاض نوازع الشر قبل استفحالها، والتعبير عنها من خلال حرب هجومية أو دفاعية.

وعليها بالتالي أن تتخذ للحرب أهبتها، وأن تنهيا لمواجهتها إذا اضطرم أوارها. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وسائل تكفل لها المنعة والغلبة. ويندرج تحتها، تشييدها الطرق السريعة، ونشر شبكتها وضمان تواصل خطوطها، وتوافر بدائلها؛ والعمل على استثمار الطاقة الذرية لاستخدامها في الأغراض السلمية والحربية على سواء؛ وإنشاء سدود لاحتجاز مياه الأنهار بقصد توليد الكهرباء منها؛ ورصد الأموال الضخمة لتطوير البرامج التعليمية وتحديثها؛ واقتحام علوم الفضاء، وحفز المواطنين على الإقبال عليها. ذلك أن للدول جميعها حقاً رئيسياً في أن تتخذ كافة التدابير التي تؤمن بها وجودها.

للمبحث الثالث

الأثار التي تترتبها الحرب على حقوق الأفراد

٥٦٨- وصح القول بالتالي بجواز الحد من حقوق الأفراد بقدر الضرورة التي تملأها الأوضاع الحربية، كفرض قيود على الأسعار وأجور المساكن، وتقليص الوسائل الإجرائية التي ينازع الأفراد من خلالها في مشروعية بعض أعمال الحكومة. إذ من المفترض في كل مواطن أن يقبل في خضم الحرب الشاملة التي يعايشها، التضحية ببعض حقوقه كحقوق الملكية، وأن يتحمل صعباً لا تقل عن تلك التي يلزم الجنود بها في حزمة الوعى، والتي قد يفقدون حياتهم بسببها^(١). بل إن سلطة الدولة في إقصاء غير المواطنين عن إقليمها وقت الأعمال الحربية، تكاد أن تكون كاملة^(٢).

ولا يخالف في القيود التي تفرضها حالة الحرب أو إعلانها للدستور، بشرط ارتباطها عقلاً بأهدافها.

فالذين يستثيرون الجماهير ويحرضونها على عصيان الحكومة بمناسبة حرب أعلنتها، وكذلك الذين يهاضمون الأعمال الحربية ويدانون بوقفها، إنما يؤثرون بأقوالهم التي يروجونها في عصفد المقاتلين، فلا يحميها الدستور. ولو كانت مثل هذه الأقوال جائزة في زمن السلم بالنظر إلى إعاقها الأعمال الحربية، وتقييدها عزيمة المحاربين^(٣).

ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية، أن تبطل كل قانون لا تظهر فيه صلة منطقية بين القواعد الاستثنائية التي أتي بها، وبين مخاطر الأعمال الحربية ومتطلباتها.

فإذا كان هذا القانون جنائياً وكان مشوباً بالتعويض بما يجهل بأحكامه، فلا يفقها أوساط الناس، ولا يقفون بالتالي على دلالتها. بل يتخبطون في فهمها وفيما قصده المشرع منها، فإن دائرة التجريم تخطط بأفعال لا شبيهة في مشروعيتها، بما يصمم هذا القانون بمخالفة الدستور، ولو نزع المشرع بأن حرباً قائمة لها متطلباتها؛ وأن ذلك القانون ما أقر إلا في نطاق الضرورة التي أملتها. ذلك إن حقوق المواطنين وحرياتهم الجوهرية، لا يجوز الإخلال

(١) Hamilton v. Kentucky Distilleries and Warehouse Co., 251 U.S. 146 (1919); Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) Fila Fiallo v. Bell, 340 U.S. 787 (1977).

(٣) Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920); See Schenck v. United States, 249 U.S. 47, (1919); Debs v. United States 249 U.S. 211 (1919).

بضماناتها^(١)، ويندرج تحتها حظر تعذيبهم، أو إيقاع عقوبة عليهم بأثر رجعي؛ ولوعن جرائم حدد المشرع أركانها بما لاخفاء فيه.

كذلك فإن موقفهم إلى دائرة الاتهام في غير جريمة تقتضيها الضرورة الاجتماعية، يفقد من حريتهم دون مقتض. ولا يجوز كذلك حتى في الأوضاع الاستثنائية، معاملتهم بما لا يحفظ عليهم كرامتهم.

وفي الدول الفيدرالية، يتعين التمييز من جهة بين مصالح قومية لا تخص ولاياتها، وليس لها من شأن بها، ولا تعتبر مقطوعة من اختصاصاتها التي كانت تبأثرها قبل انضمامها إلى الاتحاد؛ وبين الشؤون المحلية التي تدخل أصلاً في اختصاص ولاياتها - كل في نطاق إقليمها - من جهة ثانية.

ذلك أن تولى الحكومة المركزية الشؤون القومية التي تتفرد بتصرفها؛ وتنهض وحدها على مسؤوليتها؛ وتنظمها بتشريعاتها، دون الشؤون المحلية التي تتفرد بها ولاياتها، مرده أن هذين النوعين من الشؤون مختلفان مصدراً وطبيعة.

وما يقال من أن الحكومة المركزية لا يجوز أن تبأثر من الحقوق غير تلك التي عدتها لصوص الدستور الفيدرالي واخصنتها بها Enumerated rights بصريح ألفاظها؛ وكذلك ما يندرج ضمنها Implied rights في إطار اختصاصاتها المصرح لها بها، مما يكون ملائماً وضرورياً لإعمال مقتضاها Laws necessary and proper to Carry these express powers into execution، لا يصدق إلا على الشؤون المحلية التي ما كان للحكومة المركزية أن تبأثر بعض جوانبها، لو لم يكن الدستور الفيدرالي قد اقتطعها من ولاياتها بعد قبولها النزول عنها، كأثر لانضمامها إلى بعضها البعض، في إطار وحدة فيدرالية تجمعها.

ولا كذلك الشؤون القومية التي ليس لولاياتها من دخل بها، ولا وجه لتدخلها فيها، إذ هي التي تحفظ للدولة الفيدرالية تماسكها، وتكفل انضمامها إلى أسرة الدول.

(١) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في ذلك:

Even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties.

انظر في ذلك:

Home Building and Loan Asso. v Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934)

ومن ثم كان منطقياً أن تتفرد الحكومة المركزية بمباشرة حقوق السيادة في الشؤون الخارجية. وهي حقوق يندرج تحتها إعلان الحرب وشنها؛ والجناح إلى السلم؛ وإبرام أية معاهدة دولية تربطها بغيرها من الدول؛ وصون علاقاتها الدبلوماسية معها؛ وإمتناع تدخلها في شئونها.

وهذه الشؤون القومية التي تظل حقا منفردا للحكومة المركزية، لا تتلقاها عن الدستور الفيدرالي، ولكنها تتفرد بتصرفها بالنظر إلى تعلقها بالسيادة الخارجية التي تملكها وتحيط بها، ولو لم يعهد للدستور الفيدرالي لها بها.

ذلك أن حقوق الدولة الفيدرالية في هذا النطاق تماثل في طبيعتها- الحقوق المقررة لغيرها من الدول الأعضاء في الجماعة الدولية. وهي ترتكز على مصدرها- إلى قواعد قانون الأمم The Law of Nations التي تحكم علاقاتها بغيرها من الدول.

وإذ كان ما يتعلق بالشؤون القومية، إما يدخل في الاختصاص المنفرد للدولة الفيدرالية بحكم انتمائها إلى أسرة الأمم؛ فإن إعلانها حربا على غيرها من الدول، وإن كان شأنا قوميا تتولاها بغير نص في الدستور، إلا أن تصديها للحقوق الفردية لمواطنيها في ولاياتها، وتنظيمها لها بعد هذا الإعلان، بما يقيدها؛ مؤداه انتزاعها جانباً من اختصاص ولاياتها في الحدود التي يقتضيها تنظيم هذه الحقوق.

٥٦٩- ويتصل بالحرب وسلطانها أمران على قدر كبير من الأهمية:

أولهما: أن إعداد الجيوش للمهام القتالية على اختلافها، ليس مما يجوز التهاون فيه، وعلى السلطة التشريعية منفردة أو بالتعاون مع رئيس الجمهورية، أن تتخذ كافة التدابير سملا في ذلك توفير الموارد المالية الكافية- التي تعينها على بلوغ قواتها المسلحة غاية الكمال في تنظيمها وضبطها وتجهيزها للقتال حتى لا تتعرض خطاها، أو تختل قدراتها، ولا يخل ذلك بحقها في دعوة الميليشيا وتنظيمها وتسليحها. بل إن هذا الحق يعتبر تابعا للحق في تنظيم جيوشها وإعدادها كي تكون أعز نفرا، وأمن عدة، وأفضل تدريبا، وأشد شكية.

ولا يجوز بالتالي أن يتقاعس المواطنون عن الانخراط فيها وفقا للقانون. وإلما يلزمون جميعهم بالالتحاق بها إذا توافرت فيهم شروط انخراطهم فيها، Sanctioned

Compulsory Military Service، ولو ناقض فرض الجندية عليهم، حق آباتهم في توجيههم أو توليهم لشئونهم وإثر لهم عليها^(١).

ذلك أن المجندين يسألون في أهليتهم وتكاتفهم لحماية أوطانهم. ولا يعتبر حملهم على العمل في إطار خدمتهم الإلزامية بها، من قبيل الارتفاق أو المسخرة. ذلك أن حظر الارتفاق والمسخرة لا يتوخى غير ضمان الحرية في حماية حكومة قادرة لا يتصور بعد تجربتها من سلطاتها الحيوية التي ترد بها العدوان عن إقليمها، أن تكون قادرة على حماية مواطنيها من الاستعباد. وعليهم بالتالي أداء الخدمة التي يقتضيها واجبهم في النفع عن وطنهم في مواجهة المحن التي يتعرض لها، ولو كانت هذه للخدمة استثنائية في طبيعتها^(٢).

ويظل أداء الخدمة العسكرية واجبا إلزاميا على المطلوبين لها، ولو كان لبعضهم وجه للاعتراض على خوض القتال بالنظر إلى وجهة نظر فلسفية يستصوبونها، أو لأن عقيدتهم الدينية تمنعهم من أدائها، سواء بالنسبة إلى حرب بذاتها أو في الحروب جميعها.

Conscientious Objectors

ذلك أن واجبهم في الدفاع عن الوطن، يتقدم معتقداتهم جميعها، إذ ليس لأحد حقا من الدستور A Constitutional Right في التخلي عن وطنه وقت الشدة حتى مع صحة القول -وهو صحيح- بأن اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم أوضاع العسكريين -الذين يختلف مجتمعها عن المدنيين- عريض الاتساع شديد المرونة^(٣)، وأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تحيل إلى حسن تقدير السلطة التشريعية Deference to Legislative Judgment في مجال تنظيمها لشئون العسكريين وضبطها لنظامهم ودعمها لقواتهم تجهيزا وتسليحا وتمويلا.

^(١) نظرت بعض الولايات في أمريكا إلى التجنيد الإجباري باعتباره ملطويا على نوع من الارتفاق مقرر جبرا ضد المواطنين الذين يدعون إلى الخدمة بالمخالفة للتعديل الثالث عشر للدستور الأمريكي الذي يقضي بأنه لا يجوز استعباد أو فرض ارتفاق على أي شخص في الولايات المتحدة أو في الأماكن الخاضعة لولايتها، ما لم يكن ذلك عقابا على جريمة حوكم الشخص عليها وفقا للقانون.

نظر في ذلك من ٢١٣ من مؤلف عنوانه دستور الولايات المتحدة الأمريكية -تحليل وتفسير، أعدته خدمة الكونجرس البحتة- مكتبة الكونجرس -واشنطن طبعة ١٩٩٦.

^(٢) Butler V. Perry, 240 U.S.328,333 (1916); See also United States v.O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

وفي هذه القضية الأخيرة ألزت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قانونا يحظر على المطلوبين للتجنيد تزيق بطاقات استدعائهم للجندية.

See also, Rostker v.Goldberg, 453 U.S.57,59 (1981).

^(٣) Parker V.Levy, 417 U.S. 733 (1974).

وصح بالتالي حمل هؤلاء المعارضين على أداء الخدمة العسكرية التي يرفضونها، وإن جاز للسلطة التشريعية -التي تقر تشريعاتها وفق السليمة التي ترقبها- أن تتسلم مع الذين ينفرون من القتال عقيدة -لا تخاللا- على تقدير أن ذلك من الرخص التي تملكها في حدود سلطتها التقديرية التي تخولها كذلك حرمان المقاتلين من حمل مواد أو أوراق تؤثر في ولائهم أو تخل بنظامهم أو تقوض قيمهم الأخلاقية^(١) أو تدعوهم إلى عصيان الأوامر^(٢).

ولها -فضلا عما تقدم- أن تمنعهم من التظاهر أو الدفاع في وحدتهم عن مذاهبهم السياسية^(٣)؛ وأن تحدد كذلك من الأشخاص الذين يقبلون في الخدمة العسكرية وقواعد توزيعهم، ونطاق حقهم في التعويض عن خدمتهم.

وحالة جهة الرقابة على الدستورية إلى حين تقدير السلطة التشريعية في وزنها لاحتياجات الجيوش والأسطول، هي التي دعته إلى الحكم بدستورية تشريعاتها التي تقصر الخدمة العسكرية على الرجال دون النساء بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والمتفردة للنظم العسكرية، التي لا يعينها غير ضبط النظام في الوحدات القتالية، والارتفاع بقوة عزمها وضمائم تماسكها خلقيا ومعنويا وماديا.

ثانيهما؛ أن شُرور الأعمال الحربية وويلاتها لا تقتصر على المضار المترتبة على خوض معاركها؛ ولكنها تتراخي أحيانا -وبالنظر إلى تطور مخاطر الأعمال الحربية في محيطاتها المعاصرة- لسنين عديدة بعد انتهائها.

وهي تلحق بالتدمير الدخالي على الأخص، أضرارا عميقة لآراء توجيه الموارد جميعها -سواء كان منها ماديا أو بشريا- للمجهود الحربي، سواء وقت التضحية للأعمال الحربية أم بعد بدايتها وحتى نهايتها.

وإجاز للسلطة التشريعية أن تتدخل بتشريعاتها لتضمد كافة الجسراح التي تكأثرها الأعمال الحربية -لسنتين عديدة بعد انتهائها- وأن تلجأ في ذلك إلى الحقوق المفرطة في مداها، والتي تخولها إياها سلطاتها في الحرب -هي غامضة في ماهيتها، وتخومها، أو الدائرة الحقيقية التي تعمل فيها- لئلا يصر بوسعها أن تباشر سلطة استثنائية في طبيعتها في غير الأحوال التي رصدها الدستور عليها، استثمارا منها لهذه السلطة في غير موجباتها،

(١) Greer v. Spock, 424 U.S. 828 (1976).

(٢) Parker v. Levy, 417 U.S. 733 (1974).

(٣) Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57 (1981).

وربقاء من جهتها على حالة حرب لم يعد لها من وجود، من خلال بسطها إلى آفاق لا تسعها، بما يلائم الأغراض المقصودة منها^(١).

فلا تكون التدابير التي تتخذها الهيئة النيابية بعد انتهاء الأعمال الحربية، غير ركون من جانبها لمسلطاتها الاستثنائية التي خولتها بإياها حريا خاضها الوطن وانطفا لهيها.

وإن تحكمها في هذه التدابير غير العاطفة الوطنية التي لا تزال متقدة جنوتها حتى بعد انتهاء الأعمال الحربية.

وعادة تتأثر جهة الرقابة على الدستورية بهذه العوامل الوطنية عند تقييمها دستورية القوانين المطروحة عليها، فلا ترتها بالقسط وإنما تميل معها وإليها لتخطو بها نحو بر الأمان، بما في ذلك تساهلها في تقييم مشروعية القيود التي فرضتها على مواطنيها، ولو تحق ذلك في الدول الفيدرالية من خلال انتزاع سلطاتها التشريعية المركزية، جانباً من الحقوق التي يدخل تنظيمها أصلاً في اختصاص ولايتها.

وبعيداً عن العاطفة الوطنية، فإن جهة الرقابة القضائية عن الدستورية، كثيراً ما تتردد في تقييم التدابير الاستثنائية التي تواجه بها الدولة حرباً تخوضها، إما لاعتبار يتعلق بالتحوط في مباشرة هذه الجهة القضائية لولايتها؛ وإما لعدم رغبتها في مباشرة هذه الولاية في مواجهة تدابير غير مألوفة لها؛ وإما لأن السلطة التشريعية أو التنفيذية هي الأكثر علي تقييم ملائمة هذه للتدابير؛ وإما بناء على هذه العوامل جميعها.

٥٧ - ويتعين بالتالي أن نوازن بين أمرين :

أولهما : أن الآثار الخطيرة عواقبها، الناجمة عن الأعمال الحربية بعد انتهائها، لا يجوز تركها على حالها حتى لا تتفاقم.

ثانيهما : أن تنظيم الأعمال الحربية في بدنها وحتى انتهائها، بل وإلى ما بعد عودة المقاتلين إلى وطنهم وإلقائهم لأسلحتهم؛ وإن كان شأناً قومياً؛ إلا أن استعمال الهيئة النيابية لمسلطاتها الاستثنائية -لتي لا تملكها أصلاً إلا في خضم حروبها وبمناستها- لتنظيم أوضاع خلفتها بعد انتهائها، لا يجوز القبول به إلا لفترة قصيرة نسبياً، حتى لا تؤول سلطاتها

(١) انظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Jackson في قضية:

Woods v. Cloyd W. Miller, Co. 333 U.S. 138 (1948).

الاستثنائية هذه، إلى حقوق دائمة تتسلط بها على مواطنيها، وتفيد بها حرياتهم، فلا يفتكون منها.

وعلى ضوء الموازنة بين هذين الاعتبارين، يتعين على جهة الرقابة عن الدستورية، أن تنظر من جهة إلى العلاقة المنطقية بين نتائج الأعمال الحربية ودرجة خطورتها على المصالح القومية إذا لم تتدخل السلطة التشريعية لمعالجتها من جهة؛ وإلى نوع ونطاق التدابير التي اتخذتها لمواجهة مضار هذه الأعمال من جهة ثانية؛ وأن تمحص بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها ومتطلباتها. فالمقاتلون الذين يعودون إلى الوطن بعد تسريحهم، قلما تتوافر لهم فرص العمل المواتية، أو تنهيا لهم أماكن يستقلون بها ويقفون إليها لإيوائهم فيها.

فإذا تدخل المشرع لإنهاء بطالتهم، ولضمان مكانهم، كان ذلك شأنًا وثيق الصلة بالسلامة القومية في أبعادها الداخلية؛ لا يقل أهمية عن ضرورة صونها من المفاطر الخارجية التي تهددها، والتي قد تعجز الدولة أحيانًا عن مواجهتها، بغير إعلانها حربًا على الطامعين فيها، بعد أن تعد لها القوة التي تستطيعها لإزهاقهم وإزهاق باطلهم.

والسلطة التشريعية أن تقرر القواعد التي تعيد الحكومة على ضوئها، للنظر في العقود التي أبرمها المتعاقدون معها، من أجل تزويد الجيش والأسطول باحتياجاتهما، وأن تقطع من أرباحهم التي حققتها هذه العقود، ما يزيد على مدلاتها المنطقية.

ذلك أن السلطة التشريعية، وإن كان ممن اختصاصها أن توفر لقواتها المسلحة ضرورتها التي تعينها على القتال، إلا أن شرط ذلك أن تحصل عليها بالوسائل الضرورية والملائمة. فلا يتخذ المتعاقدون مع الدولة من الحرب التي أعلنتها، طريقًا إلى الاستنزاف للحصول بسببها على غنائم طائلة لا يمر لها. ولا يعتبر تفويض الحكومة في إعادة النظر في تلك العقود، والتفاوض عليها من جديد، مخالفًا للدستور. ذلك أن كل سلطة لها أصل من قواعد الدستور، تفيد بالضرورة إمكان التفويض فيها بما يحقق أغراضها ويكمل فعاليتها.

ويبدو ذلك جليًا على الأخص بالنسبة إلى سلطة الحرب التي تتمتع الهيئة النيابية في نطاقها بسلطة تقديرية واسعة تفولها بالضرورة اختيار أفضل البدائل لإعمال مقتضاها.

كذلك فإن سلطة الحكومة في استرداد الأرباح المغالى فيها التي حصل عليها، أو التسي سجنيتها المتعاقدون معها بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، لا تعتبر من قبيل الاستيلاء غير المشروع على أموالهم؛ ولا هي انتزاع للملكية الخاصة لغرض عام بغير الوسائل القانونية.

السليمة؛ ولا هي عقوبة توقعها الحكومة عليهم؛ ولكنها أكثر شبهها بسلطانها في التدخل في الأسعار أثناء الأعمال الحربية، لتحديد أقياسها. وهي قريبة كذلك من الضريبة المتصاعدة التي تقتضيها على الدخول المرتفعة إلى حد لقطاع جزء هام منها يزيد بطبيعته على الحدود المقبولة للدخل^(١).

٥٧١- وللسلطة التشريعية -بحكم مسئوليتها عن صون المصالح القومية لبلدها زمن الحرب- أن تفرض رقابتها على أسعار السلع، وأجرة الأملكن في النطاق الداخلي؛ وأن توفر لأصحابها عائدا معقولا لحقوق الملكية عليها. ولا يعتبر ذلك إخلالا منها بشرط الوسائل القانونية السليمة^(٢).

وكما كان الجراء على مخالفة القيود التي فرضتها على هذه الأسعار وتلك الأجرة، جدائيا، فإن تشريعاتها المقررة لهذا الجراء، يتعين أن تصاغ بما لا يجهل بمضمونها، أو يشير الغموض حول حقيقة نواهيها. ولا يكفي بالتالي أن يلص القانون على أن الأجرة والأسعار المسموح بها، هي تلك التي لا مخالفة فيها. ذلك أن حد المغالاة هو مجاوزة حدود الاعتدال، وكلاما تعبير غامض لا يحدد بصفة قطعية نطاق الأفعال التي أثمها المشرع، ولا يكشف بما لا خفاء فيه، عن حقيقة أوصافها.

وفيما يتعلق بالسلع التي تنضم بقلة المعروض منها في الأسواق؛ فإن ترشيد استهلاكها Rationing لضمان حصول السكان جميعهم على الحد الأدنى لاحتياجاتهم منها، يكون حقا للسلطة التشريعية التي لها كذلك أن تفرض رئيس الجمهورية في هذا الاختصاص. ولا يعتبر هذا التفويض مخالفا للدستور.

ذلك أن مباشرتها لسلطاتها الاستثنائية العريضة في امتناعها زمن الحرب؛ هو إعمال من جانبها لسلطانها التقديرية التي تكفل بها أمتها أنق مصالحها، وتؤمن من خلالها حياتها. بل إن سلطانها في ذلك تكاد أن تكون كاملة، شأنها شأن سلطاتها البوليسية التي ترعى من خلالها الأوضاع الصحية لمواطنيها، وتكفل بها سلامتهم، وقيمهم الأخلاقية.

ويتعين بالتالي استنهاض كل قرينة تؤيد دستورية تشريعاتها في هذا المجال؛ ولو كان سريلاندا بعد انتهاء الأعمال العدائية.

(١) Renogitation Act of 1951, 65 Stat. 7 as Amended.

(٢) Woods v.Cloyd W.Miller Co., 333U.S.138(1948).

ومن المحقق كذلك، فإن اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي يلتزم مواطنوها بها - حتى نطاق جهودها لضمان تقدم الأعمال القتالية، وبلوغ الأغراض المقصودة منها- قد يقتضيها منعهم من التجول في مناطق بنواتها أو إجلائهم عنها^(١).

فلا يدخلونها، أو يقربونها، أو يبقون فيها، أو يرتكبون عملا بها، وإلا حق عقابهم إذا كانوا يعلمون أو كان ينبغي عليهم العلم بحقيقة هذه المناطق، وبالتدابير الاستثنائية التي تحيطها^(٢).

على أن الاختصاص بحظر تجول المواطنين في بعض المناطق أو إجلائهم عنها، لا يدخل السلطة التشريعية ولا التنفيذية، لأن تأمر باحتجاز مواطنين لم يصدر في شأنهم اتهام بالعصيان أو بالمرور عن الولاء لوطنهم.

ذلك أن احتجازهم على هذا النحو -لفترة تزيد عما يكون ضروريا للتحقق من سلوكهم- يعتبر عملا منطويا على حرمانهم من الوسائل القانونية السلمية التي يقتضيها تحقيق دفاعهم. وكذلك من حريتهم في التنقل والعمل، وإخلالا بالفترضات براءتهم، فلا يكون الإخراج عنهم إلا حقا دستوريا.

(١) ومن ذلك منع الأشخاص الذين هم من أصل ياباني *Of Japanese ancestry* من التجول في مساوئها الغربية. ورغم أن المحكمة القديراتية العليا أبدت هذا الحظر، إلا أن قضائتها *Roberts, Murphy, Jackson* اعترضوا عليه على أساس أنه يشمل بأحكامه المواطنين والأجانب، وأنه يقيم تمييزا عسريا لا أساس له من الدستور، ويحرم الأمريكيين من أصل ياباني - من الحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليها في التعديل الخامس للدستور. وهو كذلك يمنعهم من العمل والتوطن في الأماكن التي يدخلونها، ومن التحرك بحرية في وطنهم الأمريكي. وقد جردهم هذا الحظر كذلك من الوسائل القانونية السلمية التي يستطيعون من خلالها عرض وجهة نظرهم في شأن ذلك الحظر. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أجازت احتجاز هؤلاء اليابانيين وإعادة توطينهم وذلك في قضية *Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)*.

(٢) يحدد قادة الجيوش عادة -كل في لائق سلطته الميدانية- المناطق المحظور التجول فيها أو التي يحل� المواطنون منها. وقد يحددوا رئيس الجمهورية -بصفته قائدا أعلى للقوات المسلحة- أو يحددوا وزير الدفاع إذا فوض في ذلك.

المبحث الرابع

اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية

٥٧٢- ويختص رئيس الجمهورية -رباعبباره للقائد الأعلى للقوات المسلحة- بتوجيهها في تحركاتها، واستخدامها بالكيفية التي يقر ملائمتها لتحقيق أهدافها، من إرهاب القزاة ومطاردة لفلولهم حتى حدود دولتهم، أو فيما وراءها.

ومن ثم تكون القوة المسلحة، هي اليد التي يبطش بها إرهابا لأعداء بلده، ولحصار مدائنهم وقطع طرق إمداداتهم، واختراق خطوطهم الخلفية، وللحصول على كافة الحقائق عن تجمعاتهم ومصادر قوتهم وكيفية توزيعها، وحركتها، وخططها التي أعدتها للغزو، وكذلك عن شخصية القادة الذين يديرون معاركها وميولهم وانحرافاتهم. ومطلته في ذلك واسعة تصل إلى حد عزله لقادة جنده وإحلال آخرين محلهم.

ذلك أن تحقيق القوات المسلحة لمهامها القتالية على أتم وجه، يفترض خضوعها لرقابته، وكذلك سيطرته على كافة الموارد الاقتصادية التي تتيحها بلده، وأن يفرض حظرا على دخول أماكن حسدها، وأن تعين أن يأخذ موافقة السلطة التشريعية على بعض هذه التدابير أو كلها، أو أن يحصل منها على تفويض بإجرائها إذا كان الاختصاص بها أصلا داخلا في ولايتها.

وما نقرره أحيانا جهة الرقابة على الدستورية من أنها لا يجوز أن تحل تقديرها محل تقدير رئيس الجمهورية في التدابير التي اتخذها، ولا أن تتكاثرت حكمته؛ ولا أن تعارض حريته في المفاضلة بين البدائل، واختيار أنسبها وأعطى لدعم المجهود الحربي؛ لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق.

ذلك أن صون حقوق المواطن وحريته الأساسية، ضرورة لا يجوز التفرط فيها حتى في زمن الحرب. والقول بأن حوائج الأعمال الحربية أو متطلباتها، تقتضي انتزاع المواطنين من ديارهم وحملهم على تركها -ولو بصفة مؤقتة- أو احتجازهم وإعادة توطينهم في غير أماكنهم الأصلية؛ مردود بأن رئيس الجمهورية لا يجوز أن يقيم هذه التدابير أو ما يماثلها على نوازع عرقية -أو بناء على غيرها من صور التمييز بين المواطنين التي لا يجوز القبول بها- وحصر عنها إنصافها؛ شأن رئيس الجمهورية في ذلك شأن قادة الجيوش فيما يتخذونه من تدابير.

ولا يجوز بالتالي أن تركز السلطة القضائية في اعتمادها لهذه التدابير سيما هو على مولائها- على أنها لا يجوز أن تحل نفسها محل تقدير قادة الجيوش، ولا أن تتناقص صوابهم فيما فعلوه، ولا حكمهم فيما أمروا به. ذلك أن الحقائق التاريخية تشهد في مجموعها، بأن ثمة قواعد جوهرية تحكم إدارة الأعمال الحربية، وأن من يواجهون هذه الأعمال كثيرا ما تخفوا وراءها لإساءة استعمال سلطاتهم، وأن احتجازهم بعض الأشخاص كان في كثير من صورته، بغير مبرر.

ويتعين على السلطة القضائية بالتالي إخضاع هذه التدابير لرقابتها باعتبارها وسائل لتحقيق أغراض تستهدفها الأعمال الحربية.

فإذا لم يكن لهذه التدابير من صلة بأهدافها الرئيسية، بل ألحقها رئيس الجمهورية أو معاونوه عليها، لتخرج عن الدائرة التي رسدها الدستور إطارا لها، فإن إبطالها لمخالفتها الدستور، يكون واجبا.

٥٧٣- ويظل ثابتا أن الحرب بسلطاتها الاستثنائية، عارض بطراً على الدولة، وعليها بالتالي أن تتخذ في مباشرتها لسلطاتها هذه، بالضرورة التي أملتها، حتى لا تتحول سلطاتها العرضية المقيدة بدواعيها، إلى حقوق دائمة منفلتة ضوابطها.

ويتعين دائما أن يؤخذ في الاعتبار أن الحمايات بوجه عام سرفي إطار تقفها في حسن تقدير السلطتين التشريعية والتنفيذية لطبيعة ونطاق المخاطر التي تهدد الوطن- تمنح هاتين السلطتين حرية كبيرة في مجال تقييم المخاطر في أصلها ومداهما، وكذلك فيما يعتبر من التدابير التي يتخذونها لمواجهة هذه المخاطر، لتسببها لإجهاضها أو الحد من تفاقمها^(١).

ذلك أن سلطة الدولة في اتخاذ هذه التدابير، لا تنفصل عن واجبها في العمل بكل طاقاتها على صون وجودها. ولها في هذا النطاق، أن تعتمد كل تدبير تراه ضروريا^(٢).

ولا يجوز لها بالتالي في غير الحرب الفعلية -كالجرب الباردة- أن تعزل أفرادا لمجرد انتمائهم إلى حزب يعارضها، ولا أن تمنعهم من تولي وظيفة في منشأة دفاعية. بل إن حرمانهم من العمل، يفرض عليهم الخيار بين انتزاع الحق فيه، وبين حرمانهم في التعبير والاجتماع للدفاع عن الآراء التي يؤمنون بها. وهو خيار سيئ لمخالفته للدستور، خاصة إذا

(١) Parker V. Levy, 417 U.S. 733, 758 (1974).

(٢) Ex parte Milligan, 4 Wall. (71 U.S.) 2 (1866).

كان الحرمان من العمل، من الانتعاش، يشمل الذين يهددون الدولة من خلال الأفكار الهدامة التي يروجونها، ويعملون على تحطيم الدولة من خلالها؛ وغيرهم ممن يعتقدون أفكارا تعارضها، ولا يعانونها أو يهدونها.

المبحث الخامس

تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب

٥٧٤- ويتعين أن يكون واضحاً أن إعلان السلطة التنفيذية أو التشريعية أو بالتفاهم بينهما، حراً على دولة أخرى، ليس مجرد إصباح عن النوايا قبلها، وإنما هو ابتداء وانتهاء ضمان لشئها وتوجيهها بوسائل مفكرة، وبالطرق الأفضل لتحقيق نتائجها المرجوة.

وصح القول بالتالي بأن ما لا يكون مقبولاً دستورياً من القوانين في زمن السلم، قد يكون موافقاً للدستور إذا أقرتها السلطة التشريعية بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، وأن أوجه الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق الأفراد وحرياتهم تقتضى معاملة مختلفة وقت الأعمال الحربية، وفي سياقها The Military Context.

وأية ذلك أن بعض صور التمييز التي تعبر عنها زمن السلم لمخالفتها للدستور؛ هي ذاتها التي تعتمد - أحياناً - جهة الرقابة على الدستورية إذا اقتضت الأوضاع الحربية وفرضتها متطلباتها.

فالتمييز بين المواطنين تبعاً لأصلهم غير جائز أصلاً. ولكن المحكمة العليا الفيدرالية أقرت دستورية قانون صدر عن الكونجرس يخول الحكومة احتجاز وإعادة توطين اليابانيين المقيمين في الساحل الغربي للولايات المتحدة الأمريكية، بالرغم من أن هؤلاء اليابانيين صاروا من مواطنيها بعد ميلادهم فيها. وكان سندها في ذلك، أن هذا القانون، توخى منعهم من أعمال التجسس وغيرها من الأعمال التخريبية Sabotage وكذلك صون الشواطئ الغربية للولايات المتحدة الأمريكية من احتمال هجوم معاد من اليابان عليها، وعلى أساس أن هذا القانون كان متناسباً مع الخطر المائل، شأنه في ذلك شأن غيره من القوانين التي تفرضها الأوضاع الحربية وتقتضيها. فلا تكون القيود التي تفرضها جهة الرقابة على الدستورية على الهيئة النيابية في زمن السلم، غير الوجه المقابل لإطلاق سلطاتها الاستثنائية زمن الحرب، بقدر توخيها الأغراض المقصودة من الأعمال الحربية^(١).

(١) Korematsu v. United States, 323 U. S. 214, 220 (1944); See also, Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, second edition, p. 355.

والحكم الصادر عن المحكمة العليا في هذا الموضوع منقذ، ذلك أن مجرد احتمال وقوع أعمال عدائية من اليابان على الساحل الغربي للولايات المتحدة الأمريكية، لا يبرر اعتقال أو احتجاز مواطنين لمجرد أنهم من أصل ياباني. وكان بوسع الدولة أن تعيد تقيدهم، وأن تمنعهم من الاقتراب من مناطق معينة تحدها. فضلاً عن أن الإجراء المتخذ ضد الأمريكيين من أصل ياباني، لم يتعلق بمن ينتمون منهم الحكومة أو يهودونها.

وفي ذلك يقول Laurence H. Tribe أن النظرة القضائية لسلطات الحرب باعتبارها غير محدودة في مداها - وخاصة أثناء الحرب ذاتها - هي التي تقدم في النهاية، أكثر الدعايم قسوة للرقابة الصارمة التي تفرضها السلطة القضائية على السلطة التشريعية من أجل حملها على تنفيذ الحقوق الخاصة زمن السلم.

فإذا لم تقم السلطة القضائية بواجبها في تنكير السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية حين يكون بوسعها أن تنبئها إلى ضرورة النزول عليها، فإن الأكل احتمالاً هو أن تكبح السلطة التشريعية زمام نفسها بيدها إذا كان احتماء المحاكم بصمتها هو خيارها العملي للوحيد^(١).

The judicially illimitable character of war powers, especially during war itself, is ultimately one of the strongest arguments for strict judicial enforcement of private rights in peacetime. If the judiciary does not remind congress of its constitutional obligations when such reminder is possible, it is less than likely that congress will remember to restrain itself when the courts see no practical alternative to silence.

(١) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, Second edition, P.355.

المبحث السادس

مظاهر استعمال سلطة الحرب

٥٧٥- كذلك لا حصر لصور تدخل السلطة التشريعية من خلال سلطة إعلان الحرب -التي تفيد ضمنا حق التعامل مع الآثار المترتبة على توقفها- لتنظيم أوضاع القوات المسلحة، كإقرارها قانونا يحظر الدخول إلى مواقعها -وأحيانا إلى دائرة مجاورة لها- لغیر المأذون لهم بالنفاذ إليها؛ وإخضاعها العاملين فيها للنظم استثنائية في طبيعتها لتحكم سلوكهم في القواعد الحربية وغيرها من الأماكن التي يحشون فيها؛ وتقريرها لجرائم خاصة بهم ومحاكمتهم وفق قواعد إجرائية ينفذون بها؛ وإنشاء محاكم من نوع خاص بقصد عقابهم عن الجرائم العسكرية، وفق نظم مخالفة لتلك التي يألفها المدنيون؛ ومقاضاتهم أمام هذه المحاكم -لما كان مكان تواجدهم- هم والمدنيون الذين يرتبطون بالنظم العسكرية بصلة وتقي علي وجه أو آخر، وسواء كان خروجهم على هذه النظم أثناء خدمتهم الفعلية، أم وقت استدعائهم من الاحتياط لتكريمهم، بشرط أن يكونوا من العاملين في القوات المسلحة وقت ارتكابهم الجريمة^(١).

وحتى في النظم الفيدرالية، فإن للسلطة التشريعية أن تمنع كل ولاية في الاتحاد من فرض ضريبة على الملكية الشخصية للجنود الذين يكتفون بمهام داخل حدودها الإقليمية، ولو كان موطنهم واقعا فيما وراء حدودها^(٢).

وقد تقوم الدولة طوقا سريعة لدعم الأعمال الحربية أو تعمل على تحقيق متطلباتها من خلال تطوير القوة للدوية، أو تعيد بناء النظم التعليمية لأغراض الدفاع. وقد تعمل على خفض همم المقاتلين من خلال تقرير قواعد إجرائية غايتها تأجيل نظر القضايا التي تقام ضدهم؛ وإرجاء تنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وحظر إخلاء عائلاتهم من الأماكن التي تسكنها؛ وتقييد تنفيذ للرهن التي رتبوها على أموالهم، إذا تخلفوا عن الوفاء بديونهم المضمونة بها؛ وإسماهم إلى ميسرة لإيفاء لأصايط ببوع دخلوا فيها^(٣).

(١) Solorio v. United States, 483 U.S.435 (1987).

(٢) Dameron v. Brodhead, 345 U.S.322 (1953).

(٣) ظاهر من هذه التأكيد، أن المقصود بها هو عدم تشتيت انتباه أفراد القوات المسلحة لضمان تفرغهم لمهامهم القتالية.

يماب على المحاكم العسكرية خضوعها لتأثير القادة العسكريين. كذلك فإن مستويات الضمان القضائية في المحاكم العسكرية مختلفة عنها في المحاكم المدنية.

See O'Callahan v. Parker, 395 U.S. 258, 263- 264 (1969).

ويندرج في إطار دعم المقاتلين، رعايتهم صحياً، وصون بيئتهم من ملوثاتها، بما فسى ذلك وقايتهم من الأمراض على اختلافها، وحظر تلول الضور أو عرضها في أماكن مجاورة من القواعد الحربية^(١)، والاستيلاء على صناعة بذاتها كلما كان ذلك ضرورياً لضمان فعالية الدفاع عن الوطن. بل إن هذا الاستيلاء يكون لازماً كذلك، إذا أثار العمال شغباً في صناعة معينة بما يعطل إنتاجها، أو كان إضرابهم وامتناعهم عن العمل فيها، قد طال أمده.

ذلك أن دعم المجهود الحربي قد يقتضي من الدولة حمل صناعة بذاتها، على أن يكون إنتاجها متواصلاً، وهو أمر لا يقل أهمية عن إلزامها المواطنين أداء خدمتهم الجبرية في قواتهم المسلحة. إذ يدخل كلاهما في إطار دعم الأعمال الحربية وتوفير وسائل تفوقها^(٢).

The Constitution grants to Congress power to raise and support armies, to provide and maintain a navy, and to make all laws necessary and proper to carry out these powers into execution. Under this authority, Congress can draft men for battle service. Its power to draft business organisations to support the fighting men who risk their lives, can be no less.

وشأن الاستيلاء على صناعة بذاتها، شأن الاستيلاء على غيرها من الأموال المملوكة ملكية الخاصة.

ذلك أن اختيار الوسائل الأفضل لرد الخطر العام -ولو كان من بينها أخذ الملكية الفردية من أصحابها- يعتبر إجراء ضرورياً وملكياً، على تقدير أن مواجهة هذا الخطر ضرورة لا مناص منها، كلما كان دفعه أمراً لا يحتمل التأخير.

على أن أخذ هذه الأموال من أصحابها -وإن لم يتخذ صورة نزع ملكيتها لمصلحة عامة- مودة حرمانهم منها. ويتمين بالتالي أن يكون مقابل تعريض عادل، ولو كان هذا الاستيلاء لمواجهة خطر عاجل، أو واقعاً زمن الأعمال الحربية وبسببها.

لذا لم يكن التعويض شاملاً ما حاق بأصحابها من ضرر، وما فاتهم من غنم من جواء حرمانهم نهائياً من ملكهم؛ أو عن مدة هذا الحرمان إذا أخذ ملكهم بصفة مؤقتة؛ كان هذا

(١) Mckinley v. United States, 249 U.S. 397 (1919).

(٢) يندرج تحت دعم المجهود للحرب، إنشاء الخزانات وتشييد الطرق السريعة ومحطات القوى الكهربائية
كلما كان ذلك لازماً لإمداد القوات المسلحة باحتياجاتها.

Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936).

للتعويض غير عادل. إذ يتعين في كل حال أن يكون التعويض بكثر كامل للقيمة التي جردتها
المشروع من ملكهم، محدد مقدارها وقت هذا للتجريد^(١).

The full value of the property contemporaneously with the taking.

ويقوم الحق في التعويض كذلك، إذ تضر موطن أموالا يملكها توكفا لوقوعها في يد
العدو.

وللسلطة التشريعية -في مجال استعمالها لسلطة الحرب- أن تطلق أية صناعة لا تفيده
في دعم المجهود الحربي، إذا كان تحويل طاقاتها والعاملين فيها لدعم الأعمال الحربية أكثر
نفعا. إذ يدخل ذلك في إطار التنظيم الدقيق لكافة الموارد، بما يكفل تسخيرها اقتصاديا لتحقيق
المهام القتالية على أفضل وجه. وهي مهام غايتها ضمان حرية الوطن من خلال رجال
يضعون سيفا لا حصر فيه - بأرواحهم.

وما لم تدخل الدولتان المتحاربتان في معاهدة دولية يعدلان بها من الأحكام القائمة في
القانون الدولي العام في شأن غنائم الحرب، فإن هذه الغنائم تكون حقا خالصا للدولة المستولية
عليها^(٢). بل إن لكل دولة حق إبعاد رعايا الدول التي تعادىها عن إقليمها، أو تحديد إقامتهم
فيه، أو التنبض عليهم دون قيود إجرائية. بل ومحكمتهم بصورة مختلصة
Summary Justice.

ذلك أن كون الشخص أجنبيا، لا يعتبر سببا للتدابير المتخذة قبله، وإنما كان النزاع
المسلح سببها، ولده طرفا فيه. ويجوز بالتالي إبعاد غير المواطنين حتى بعد انتهاء الأعمال
الحربية^(٣). بل وتقدمهم إلى المحكمة العسكرية إذا تم ضبطهم لدخل الدولة، أو في مواقع
القتال، أو في أماكن قريبة منها، أو تتصل بها خاصة إذا كانوا من المقاتلين المتخفين في غير
أزيائهم، للعمل في الخطوط الخلفية^(٤).

٥٧٦- ويظل القانون العسكري هو القاعدة التي تحكم كافة الأعمال التي تقع في منطقة
العمليات الحربية. ويفترض ذلك أن تكون المحاكم المدنية عاجزة عن مباشرة ولايتها. فإذا
كانت أبوابها مفتوحة لمن يطردها، وكانت تباثر ولايتها فعلا في المنطقة التي تدعي السلطة

(١) United States v. Bethlehem Steel Corp. 315 U.S. 289 (1941).

(٢) The Hampton, 5 Wall (72 U.S.) 372, 376 (1867).

(٣) Ex Parte. Ouirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٤) Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160 (1948).

العسكرية أنها مسرح للأعمال الحربية؛ ووقوع العمليات الحربية فيها، فإن قرار هذه السلطة في ذلك، لا يتعد جهة الرقابة علي الدستورية^(١).

كذلك فإن تفويض محافظ في إقليم أو حاكم في ولاية، بإعلان الأحكام العسكرية في بعض المناطق، لا يخوله إنشاء محاكم عسكرية تعمل إلى جوار المحاكم المدنية القائمة بمهامها دون عائق.

فإذا أحال المحافظ أو الحاكم، المدنيين عن جرائمهم المدنية إلى هذه المحاكم، كان قراره في ذلك باطلاً^(٢).

(١) Ex Parte Milligan, 4 Wall (71 U.S.) 2 (1866).

(٢) Duncan V. Kahanamoku, 327 U.S.304 (1946).

المبحث السابع

حقوق الأقاليم المحتلة والأقاليم المضمومة

٥٧٧- وللسلطة التشريعية -بحكم اختصاصها بإقرار القواعد القانونية التي تحكم الأقاليم التي احتلتها الجيش أو الأسطول- أن تفوض رئيس الجمهورية في ذلك.

ولئن دل هذا التفويض على عزمها تحويل رئيس الجمهورية سلطة تنظيم الأوضاع المختلفة لهذه الأقاليم بما يلائمها، ويقتدر كبير من العروة التي تقتضيها احتياجتها؛ إلا أن هذا التفويض لا يعتبر تخلياً من جهتها عن اختصاصها الأصلي في إقرار كافة القوانين التي تقتضيها سلطات الحرب الاستثنائية. وتظل الأقاليم المحتلة مختلفة في المعاملة القانونية التي تحكمها، عن الأقاليم التي تقرر دمجها في الوطن الأم Incorporated Territories.

فبينما يفترض إلحاق إقليم بآخر وفق قواعد القانون الدولي العام، ضمهما إلى بعض ودمجها في كيان واحد لا يميز بين أجزائه؛ ليعامل الإقليم المنضم وفق القواعد ذاتها التي تطبقها الدولة الضامة على مواطنيها، فلا يحرمون حقاً أو حرية كانوا لهم الدستور لكل مواطن؛ فإن الأقاليم المحتلة تظل لها ذاتيتها، فلا تحيلها سلطة الاحتلال إلى أراضٍ تنضمها إليها بغير موافقة أهلها الذين يملكون وحدهم حق تقرير مصيرها.

ولئن صح القول بأن لكل دولة أن تحكم الأقاليم التي فتحها، وأن تقوم فيها السلطة التي تعهد إليها بإدارة شؤونها؛ إلا أن إلحاقها بالأقاليم التي غزتها، بإقليمها هي، مؤداة اختصاصها لها، وإلحاق شعوبها بمواطنيها بمنطقة القوة والظبة، الذي يتكئ على قواعد القانون الدولي العام في مفهومها المعاصر.

ومجرد فرض الدولة الغازية لسلطانها على الأقاليم التي قهرتها، لا يحيل سلطاتها هذه إلى حقوق دائمة. وإنما تقتل لهذه الحقوق طبيعتها العرضية، إلى أن تستعيد السلطة الوطنية في الأقاليم المحتلة، صلاحيتها، سواء من خلال معاهدة دولية، أو بغير ذلك من الوسائل القانونية التي تملكها وفقاً للقانون الأم.

ولئن قال البعض بأن الدولة التي احتلت الأقاليم التي غزتها، مقيدة بأن تحكمها وفق قواعد الدستور ذاتها التي تطبقها على مواطنيها، وأن هذه القواعد لا يجوز وقفها أو تسليها

في هذه الأقاليم لمدة قصيرة أو طويلة؛ إلا أن وجهة النظر الأدق هي أن سكان تلك الأقاليم لا يتمتعون بأية ضمانات دستورية غير تلك التي تتصل بحقوقهم أو حرياتهم الطبيعية أو الجوهرية^(١).

وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تطبق في الأقاليم المحتلة قوانين جنائية بأثر رجعي، ولا أن تفرض على سكانها عقوبة مهينة؛ ولا أن تلزمهم باعتناق عقيدة بعينها؛ ولا أن تعطلهم عن مباشرة شعائر عقيدة دخلوا فيها؛ أو تحملهم على القبول بآراء يعارضونها. وليس لها أن تمنعهم من حق العمل لصلته الوثقى بالحق في الحياة؛ ولا أن تفرض عليهم أشكالاً من السخرة يأبونها؛ ولا أن تقدمهم إلى غير قضائهم الطبيعيين؛ ولا أن تعامل جرائمهم في نموذجها المدني بوصفها جرائم عسكرية ضد سلطة الاحتلال؛ ولا أن تردهم عن التقدم بظلاماتهم إلى هذه السلطة كي تحققها وتفصل فيها؛ ولا أن تمنعهم من اقتضاء حقوقهم جبراً بالوسائل القانونية، عند إنكارها.

وينبغي التسليم دوماً بأن لسكان المناطق المحتلة حقوقاً أساسية لا يجوز التفريط فيها، أهمها أن احتلال أرضهم لا يجوز منهم من الوسائل الضرورية التي تكفل أمنهم، أو التي توفر لاحتياجاتهم المعيشية - على الأقل في حدّها الأدنى - أسبابها؛ ولا أن تقلص فرصهم في الإبداع والابتكار وغيرها من الفرص التي يتصل استثمارها بأمنيتهم؛ ولا أن تقلل بوجه خاص من الحق في الحياة وفي العمل، ولا أن تقلل بكرامتهم أو تستبد بشئونهم في غير ضرورة.

(١) Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244 (1901).

المبحث الثامن بين إعلان الحرب وإنهائها

٥٧٨- وكما أن إعلان الحرب يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابة الجهة القضائية التي أقالها الدستور على صون أحكامه؛ فإن إنهائها يعتبر كذلك عملاً سياسياً، سواء كان هذا الإنهاء من خلال معاهدة سلم بين الدولتين اللتين كانتا متخاصمتين؛ أم بقانون يصدر عن السلطة التشريعية بمجلسيهما، أم بقرار يوافق هذان المجلسان أو أحدهما عليه؛ أم بقرار يصدر عن رئيس الجمهورية إذا كان مختصاً بإعلان الحرب. وليس لأحد بالتالي أن يقيم خصومة قضائية يدعى فيها أن للحرب المقول بإنهائها، لا تزال متقدة نيراتها؛ أو أنها لم تعد قائمة في حقيقتها بما ينقضى إعلاناً رسمياً باستمرارها.

٥٧٩- ويثير نص المادة ١٥٠ من دستور جمهورية مصر العربية إشكالاً غامضاً في الأهمية. ذلك أن رئيس الجمهورية يختص بإعلان الحرب بموافقة السلطة التشريعية ... فهل يعتبر إنهؤها كذلك معقداً على قبولها هذا الإجراء!!

ما أراه، هو ضرورة التمييز بين إعلانها وإنهائها. ذلك أن ما نص عليه الدستور من عدم جواز إعلان رئيس الجمهورية حرباً على دولة أخرى بغیر موافقة السلطة التشريعية، مرده أن إعلانها يعمل في ثلثها مخاطر وخيمة عواقبها على حياة المواطنين وأموالهم وحررياتهم. كذلك فإن إعلان هذه الحرب، مؤداه أن تفوضها بلده بكل مواردها وقدراتها بما يمتصها، ويحطل لسنتين عديدة التنمية بكل أشكالها، وغير مراحلها المختلفة، فلا تبقى غير آلة الحرب تكور عجلتها دون لقطاع، وتغذيها مصر بدماء أبنائها وعرقهم. وقد تكون في نتائجها إلى احتلال إقليمها أو جزء من هذا الإقليم، أو تفويض اقتصادها لمدة طويلة.

وكان منطقياً بالتالي أن يعلق الدستور إعلان رئيس الجمهورية حرباً ضد دولة أخرى، على موافقة السلطة التشريعية التي يمثل أعضاؤها هيئة الناخبين، ويملكون إرادتها تصديقاً عنها.

ويفترض بالتالي ألا يوافق هؤلاء الأعضاء على ذلك الإعلان، إلا بعد تقييمهم لطبيعة الحرب التي يرد إعلانها، ونطاق الضرورة الملجئة التي تقتضيتها، وملامحة هذا الإعلان في توقيته.

ولا كذلك قرار إنهاؤها أو إنهاء حالتها، إذ يعود هذا القرار بالأوضاع القائمة إلى حالتها الطبيعية، فلا يبقى من شروء الأعمال الحربية غير تضديد كافة جراحها بالوسائل القانونية السلمية.

ولا تقوم ثمة ضرورة بالتالي لتطبيق انتهاء الأعمال الحربية على موافقة السلطة التشريعية. والموافق على ذلك كثيرة، من بينها أن الدستور الأمريكي وإن خول رئيس الجمهورية سلطة الدخول في أية معاهدة دولية يقدر ملائمة توقيعها أو الانضمام إليها، بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ؛ إلا أن الخروج منها لا يتقيد عملاً بهذا التقيد؛ إذ يجوز لرئيس الجمهورية إنهاؤها بغير الرجوع إلى هذا المجلس. وكثيراً ما أقر الكونجرس هذا الإجراء، ولو بطريقة ضمنية.

٥٨٠- ولأن لكل حرب أوزارها، فإن نهائيتها تمتد إلى هي خاتمتها. ومن ثم يجوز إنهاء حالتها إما بمعاهدة دولية أو بقانون، أو بإعلان يصدر عن رئيس الجمهورية.

فالمعاهدة الدولية التي تبرمها الدول أطرافها لتحقيق الملم فيما بينها بعد تطاحنها بالقتال، تعتبر إعلاناً بانتهاء الأعمال العدائية بكل صورها وأشكالها، فلا تكون العودة إليها غير إخلال بالمعاهدة التي حظرتها.

ويفترض أن تصدق هذه الدول على تلك المعاهدة، حتى يسوغ القول بانتهاء الأعمال العدائية موضوعها. إذ يتعين التمييز بين انتهاء هذه الأعمال والقضاء وبين زوالها قانوناً.

فانتهاء تلك الأعمال بصورة فعلية، لا يقيد زوالها قانوناً. وقد نزل حالتها قائمة فيما بين الدول أطرافها، ولو بعد كفها عن القتال، ما دام لم يصدر عنها إعلان بمعودة الأوضاع الطبيعية إلى حالتها.

ولا كذلك التدخل بأداة قانونية تعلن بذاتها لنهاية القتال، سواء تم هذا الإجراء في شكل معاهدة دولية، أم في صورة قانون، أو قرار من رئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى لأفرع الجيش المختلفة.

ويظل مطلوباً في كل معاهدة دولية قصد بها إنهاء القتال، ألا يترأى إبرامها والتصديق عليها، إلى ما بعد انتهاء الأعمال العدائية - عملاً - بفترة طويلة؛ وإن جاز القول بأن هذا الإجراء كثيراً ما يكون في مصلحة الدول المنتصرة في الحرب، حتى تفرض كلمتها على

الدول المهزومة، فلا تتلور المعاهدة التي تنخل فيها معها، غير أصدقاء هزيمتها، لتبخصها
نصوص هذه المعاهدة، كافة حقوقها.

ولما كانت أداة إنهاء حربها مع هذه الدول، فإن هذا الإنهاء يعتبر من الأعمال السياسية
التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية على الشرعية للمعقورية.

ولرئيس الجمهورية في إطار سلطته في إدارة الشؤون الخارجية، أن يهادن الدول التي
دخل في صراع معها من خلال اتفاق على أحكام هذه الهدنة التي يصير القتال على ضوئها،
موقوفاً.

وهي هدنة قد يستصوبها تحفزاً للقتال من جديد، أو بوصفها بديلة منطقية لتصالح الدول
المتناحرة مع بعضها، وإن كان الاحتمال الثاني، هو الأرجح.

المبحث التاسع

أموال الأعداء وغنائم الحرب

٥٨١- وفيما يتعلق بأموال الأعداء، ينبغي أن يلاحظ أن مجرد إعلان الحرب، ليس موداه بالضرورة مصادرة هذه الأموال، وإن جاز لكل من الدولتين المتحاربتين الأمر بهذه المصادرة كإجراء ردع يتوخى حرمان الدولة المعادية من أية موارد تعينها على المضى في الأعمال الحربية.

ولا تعتبر المصادرة بالتالي جزاء على جريمة ارتكبتها شخص ينتمي إلى العدو بجنسيته^(١).

وكما تجوز مصادرة هذه الأموال، يجوز كذلك احتجازها وفرض الحراسة عليها إذا قام الدليل على أن الذين تعلق بهم هذا الإجراء يملكونها فعلاً، لا تنقيد الدولة في ذلك لا بشرط الوسائل القانونية السلمية، ولا بأداء تعويض عنها.

فإذا كان أحد المواطنين مالكا لهذه الأموال، كان من حقه طلبها حال بقائها، أو التعويض عنها حال هلاكها.

ولا يلتزم المواطن الذي أصبح من جراء هذه التدابير الخاطئة، بما عسى أن تكون الدولة قد ألغته على تلك الأموال من أجل صيانتها. إذ عليها وحدها أن تتحمل خطأ نسبتها أموالاً يملكها أحد مواطنيها، إلى أعدائها.

ولا كذلك غنائم الحرب Prises of War، التي تستولي الدولة عليها أثناء عملياتها الحربية؛ إذ لا يتصور أن يكون لمواها حق فيها بغير ترخيص من السلطة التشريعية^(٢).

وهو ما يتحقق في الحروب الأهلية بوجه خاص التي تستولي فيها الدولة على مفرن المتمردين وغير ذلك من أموالهم، باستثناء المواطنين المخلصين لها في الحرب الأهلية الدائرة رحاها بين الفريقين المتنازعين.

(١) Honda v. Clark, 386 U.S. 484 (1967).

(٢) The Siren, 13 Wall. (80 U.S.) 389 (1871).

المبحث العاشر

تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب

٥٨٢- الأصل أن تعمل كل سلطة -سواء في زمن الحرب أو السلم- في حدود الولاية الموكولة لها^(١).

ويفترض أصلاً في التفويض، أن يكون متضمناً بيان الخطوط والمعايير العريضة التي يقوم عليها. إذ هو ترخيص لرئيس الجمهورية بمباشرة الأعمال التي يشملها التفويض. ومن ثم كان التفويض سابقاً على إتيانها.

بل إن السلطة التشريعية قد تجيز أصلاً من طبيعة حربية بلشرها رئيس الجمهورية قبل صدور قانون التفويض، إذا كان لها نوالها من الضرورة الملحة لها. إذ تعتبر إجازتها بمثابة تصديق عليها.

ولا يجوز في التفويض، أن يكون مخالفاً لقواعد الدستور التي تنظم للمواطنين جميعهم بكل فئاتهم، وفي كافة أوقاتهم، وعلى نهائين ظروفهم. ويطلق بالتالي تفويض رئيس الجمهورية في إمداد قوة الأحكام القضائية سواء برفض النزول عليها أو بتعليق نفاذها على تصديقه، ولو صدر الحكم من محكمة شكلها المشرع من الضباط واختصها بقواعد إجرائية تتعلق بها.

وتميل السلطة التشريعية إلى تفويض رئيس الجمهورية في زمن الحرب في كثير من المهام التي تنصل بإعداد الجيوش والأسطول وتجهيزها للقتال^(٢).

ذلك أن الاستعداد الأمثل لسلطات الحرب يقتضي مباشرتها بأكثر قدر من المرونة لاختيار أفضل الوسائل وأكثرها حسماً لتحقيق الفوز في القتال. وجاز بالتالي تفويض رئيس الجمهورية ليس فقط في مواجهة الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، والرد عليها بكل الوسائل، بل كذلك في العمل على تجنبها وتوقيها قدر الإمكان. ومن ذلك تفويض رئيس الجمهورية في فرض قيود قاسية على التجارة مع الدول التي تسخر إمكاناتها أو توظفها في اتجاه تضخيم أكتها الحربية، أو تجهز بنواياها العدائية، أو التي تكل النذر على سحبها للقتال. أو تهيئتها أو اغتيالها لأسباب للصدام.

(١) Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) N. Grundstein, Presidential of Authority in Wartime (Pittsburgh 1961).

كذلك فإن من بين التدابير التي يجوز اتخاذها ضد مثل هذه الدول، مقاطعتها وتجميدها، بما يعزلها عن أسرة الدول، ويعطل أو يقيد صور التفاعل معها، أو الاتصال بها.

ولا تضيق جهة الرقابة على الدستورية من السلطة التي تخولها الهيئة النيابية لرئيس الجمهورية لتحقيق هذه الأغراض. ولكنها تأخذ بها، وباتساع دائرتها لتعلقها بمصالح حيوية لا يجوز إغفالها.

وقد يأمر رئيس الجمهورية بشن أعمال حربية فيما وراء حدود بلده، قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قراراً بإعلانها حرباً على بلد آخر. ذلك أن الدستور حتى وإن حظر على رئيس الجمهورية إعلانها أو إحداثها بقرار منفرد يصدره، إلا أنه من الناحية العملية كثيراً ما تبدأ الأعمال الحربية قبل أن تأذن السلطة التشريعية بها من خلال إعلان يصدر عنها بذلك.

ويقال دائماً بأن سلطة رئيس الجمهورية في إدارة الشؤون الخارجية وتصريفها، وكذلك في إجهاض الأعمال العدائية جميعها وتوقيها قبل اندلاع شرارتها، وقتلها في مهدها، تفيد بالضرورة أن يعمل على حماية أرواح مواطنيه وممتلكاتهم التي تتعرض للخطر في الدول الأجنبية من جراء أعمال مخالفة للقانون تهددها، ويتمتعون توقعها أو التحوط لها.

ذلك أن حمايتهم من المخاطر جميعها، ولجنة سواء كانوا داخل بلادهم أو خارجها.

فإذا تهددتهم هذه المخاطر في الدول الأجنبية التي يوجدون فيها، كان دفعها أو إجهاضها قبل وقوعها، لازماً، ولو باستعمال القوة التي لا يجوز للتراخي في اللجوء إليها، والتي لا خيار للملطة التنفيذية في تجنبها، لضمان أن توفر الحماية الكاملة لمواطنيها - وأيا كان موقعهم - بما يؤمن أرواحهم وحرياتهم وأموالهم من صور العدوان عليها على اختلافها.

٥٨٣- ولأن القوة لا تحطمها إلا قوة تواجهها وتقابلها، فقد ساء استخدام كل عناصر القوة الحربية التي في يده لتهرب عدوان دولة أجنبية على حدود بلده. ولا يعتبر ذلك مجرد حق لرئيس الجمهورية، بل واجباً يتحمل مسئولية القيام به على الوجه الأكمل، غير ملزم في ذلك بإعلان السلطة التشريعية حرباً على الدولة الغازية، ما لم تمنعه بنفسها من اللجوء إلى القوة، إذ يعتبر قرارها هذا، إنكاراً منها لحالة الحرب التي يدعيها، ونقضاً من جانبها لتقديره تحقق أسبابها واستعادة لاختصاصها في أن تقرر بنفسها وقوع حرب في زمن دون آخر، أو عدم وقوعها على الإطلاق.

٥٨٤- وقد يباشر رئيس الجمهورية من خلال معاهدة دوائية سلطة جديدة لم يكن مخولاً بها قبل الدخول فيها. وهو ما يتحقق على الأخص فى أمة معاهدة دوائية توثق بين أطرافها تحالفاً حربياً.

ذلك أن موافقة السلطة التشريعية على هذه المعاهدة، يفيد ضمناً تخويلها رئيس الجمهورية حق استخدام القوة لتنفيذ أحكامها.

٥٨٥- وكلما كان شن الحرب حقاً مقصوداً على السلطة التشريعية بخاصة فى الدستور، فإن قرار إعلانها يكون من امتيازاتها التى لا يجوز أن تفوض غيرها فيها بالنظر إلى خطورة الحرب فى نتائجها وعظم مسئولية إثارته، وبما لا إخلال فيه بحق رئيس الجمهورية فى مبادرة كل غزو بالتدابير التى يراها كافية لنحره، وأن يلاحق كل عصيان لدخل بلده بما يعيد أوضاعها الطبيعية إلى حالتها. ذلك أن رئيس الجمهورية يتدخل فى هاتين الحالتين لإنهاء خطر كان داهماً وحالاً.

المبحث الحادي عشر

إعلان الحكم العرفي

٥٨٦- ولرئيس الجمهورية أو من يفوضه، والسلطة التشريعية كذلك، إعلان الحكم العرفي^(١) Martial Law في المناطق التي دهمتها الأعمال الحربية، أو في مناطق التوتر والصiolان لدخل يلد.

ويلدرج في إطار سلطة الحكم العرفي، أن تتولى للقائمين عليها حرية انتقاء الوسائل التي تكفل مقابلة القوة بالقوة، وإعادة النظام بعد لتفراط عقده. على أن يكون مفهوماً أن لحرية انتقاء الوسائل ضوابطها ومبرراتها وكوابحها.

وشرط ذلك أن تقوم في بنائها على تقدير موضوعي، وأن تصدر في إطار من حسن النية، وأن يكون غرضها مواجهة مخاطر تؤدي مباشرة إلى الفوضى، أو توقي تداعياتها حتى لا تتفاقم أقالها. فلا يكفي في المخاطر إمكان توقعها. بل يتعين أن تشخص بنفسها بما يؤكد حلولها، كأن يكون الغزو حقياً بما يعطل المحاكم المدنية عن عملها، ويقوض الإدارة المدنية ويمنعها من أداء واجباتها، ويحجز القوانين المعمول بها عن ضمان الحقوق الفردية، أو تسليم سلامة المواطنين في مجموعهم بصورة ملاكمة أو كافية.

وهذه القيود على مباشرة سلطة الحكم العرفي، هي التي تبين تخومها، وتراقبها الجهة القضائية للتحقق من عدم تخطيها. ولا يجوز بالتالي أن يكون تدخل القائمين على هذه السلطة في شئون الأفراد وحريةاتهم الرئيسية، تحكمياً، وإلا كان مخالفاً للمستور.

(١) يختلف قانون الحكم العرفي عن قانون الأحكام العسكرية، في أن الثاني لا يطبق إلا على الأشخاص المنتمين إلى القوات المسلحة، وذلك على خلاف الأول الذي يسرى على المدنيين والعسكريين في آن واحد.

المبحث الثاني عشر
الاعتراض على احتجاز البدن

٥٨٧- وكلما كان للمواطنين امتياز التظلم من احتجاز أبدانهم بغير حق *The Writ of Habeas Corpus* كان للسلطة التشريعية وحدها -في الدول التي تكفل ديمقراطيا هذا الامتياز كالدستور الأمريكي- حق وقفه. وليس لرئيس الجمهورية اختصاص في ذلك، إلا بناء على تفويض منها. ذلك أن الأصل هو أن تفصل السلطة القضائية بمحاكمها في تولف شروط هذا الامتياز أو تخلفها. ومن ثم كان الأصل فيه أن يظل ماريأ، ما لم توقف السلطة التشريعية بنفسها. وهو ما تنص عليه المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

للمبحث الثالث عشر

الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب

٥٨٨- وبمجرد التصديق على معاهدة للسلم بين المتحاربين السابقين، أو دخول هذه المعاهدة مرحلة التنفيذ بوجه آخر، فإن الأصل في هذه المعاهدة، أن تعيد بقوة للقانون -وصفة تلقائية- إلى هذه الدول، الحقوق والواجبات التي تربط أعضاء الأسرة الدولية ببعض في علاقاتهم السلمية. بما موداه أن كل الأعمال التي كان ينظر إليها وقت الحرب كأعمال مشروعة -كالهجوم على سفن الدول المعادية، وحصار موانئها، وتدمير جيوشها وحصونها، وغزو إقليمها- تعتبر محظورة بعد نفاذ تلك المعاهدة.

لإذا لم تكن قوات إحدى الدول أطرافها، على علم بالمعاهدة، فإن مضمونها في الأعمال الحربية يقتضيها التحيّض عنها. وعليها أن تعود إلى النقاط ذاتها التي كانت فيها وقت إبرام المعاهدة، فتغلق الأقاليم التي غزتها، وتحرر الجنود والضباط الذين أسرهم، وترد السفن التي حازتها.

٥٨٩- ويلاحظ أن معاهدة السلم حتى مع النص فيها على إسقاط جرائم الحرب عن مرتكبيها، إلا أن إدانتهم بسببها يظل حقاً للدولة المضروعة منها بوجه خاص، والجماعة الدولية بوجه عام.

ذلك أن هذه الجرائم -ولو كان الأمر بارتكابها قائداً من رتبة أعلى- تتناقض قواعد القانون الدولي العام.

وهو ما يؤكد القواعد المنظمة للمحكمة الجنائية الدولية التي لا تعتبر ولايتها بالفصل في الجرائم التي تدخل في اختصاصها، ولاية منفردة، ولكنها تقوم إلى جوار النظم الجنائية الوطنية وتكملها^(١) Complementary to National Jurisdictions، وتبشر المحكمة الجنائية ولايتها في الحدود المقررة بنظلمها، وعلى صعيد جرائم بعينها هي جريمة العدوان The Crime of Agression وجريمة إبادة عنصر من البشر The crime of Genocide، وجرائم الحرب War Crimes والجرائم ضد الإنسانية Crimes Against Humanity.

(١) تبين المادة ١٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، كيفية مباشرة النظم الجنائية الوطنية لاختصاصها في مجال معاقبة المتهمين بالجرائم التي تشملها ولاية المحكمة الجنائية الدولية.

ومن ثم لا تبأشر المحكمة الجنائية ولايتها في غير هذه الجرائم التي حددتها حصراً المادة ٥ من نظامها، وفصلتها المواد ٦، ٧، ٨، وذلك على النحو الآتي:

أولاً:

جريمة إبادة عنصر من البشر

٥٩٠- في تطبيق حكم المادة ٦ من نظام المحكمة الجنائية الدولية؛ يقصد بهذه الجريمة، قتل أعضاء جماعة؛ أو إصابتهم بأضرار عقلية أو بدنية خطيرة؛ أو إحباطهم بأوضاع حياتية تم ترتيبها بقصد تدمير الجماعة التي ينتمون إليها، كلياً أو جزئياً؛ أو فرض قيود على أعضائها تنقو حرماتهم من أن يتخذوا لأنفسهم أولاداً؛ أو نقل أطفالها بالقوة إلى جماعة غيرها، بشرط أن تكون هذه الأفعال جميعها موجهة لتدمير الجماعة -كلياً أو جزئياً- بالنظر إلى نوازعها الوطنية أو توجهاتها الخلقية أو لاعتبار يتلق بعرقها، أو بعقيدتها.

ثانياً:

الجرائم ضد الإنسانية

٥٩١- وفي تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، يقصد بالجرائم ضد الإنسانية أحد الأفعال الآتي بيلانها، إذا كان ارتكابها جزءاً من خطة شديدة الاتساع، أو تكرر سلوكاً منهجياً للعدوان المباشر A Widespread or Systematic Direct Attack على جماعة مدنية، مع العلم بأن هذا العدوان. وهذه الأفعال هي:

١. القتل؛ والتصفية Termination؛ والاسترقاق Enslavement؛ وإبعاد سكان أو نقلهم بالقوة؛ وتقييد حريتهم سواء بالسجن، أو بغير ذلك من الوسائل القسرية التي تضمن بأبدانهم بالمخالفة للقواعد الجوهرية للقانون الدولي؛ وكذلك اغتصابهم؛ وحملهم على الدعاية؛ واستعبادهم جنسياً Sexual Slavery؛ وإخضاعهم بالقوة Forced Pregnancy؛ وتقييدهم جبراً Enforced Sterilization؛ وغير ذلك من الأفعال الجنسية العنيفة التي لها ذات الجساماة .Of Comparable Gravity

٢. كل اضطهاد يكون موجهاً ضد كيان أو جماعة لها ذاتيتها، بناء على نوازع عرقية، أو سياسية، أو وطنية، أو خلقية، أو ثقافية، أو دينية، أو لاعتبار يتعلق بالجنس^(١)، أو بساء

(١) يقصد بالجنس في تطبيق الفقرة ٣ من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، الفكر والأثرى بالسلوك الجماعي.

على مركز آخر يعتبر غير جائز في مفهوم قواعد القانون الدولي في صلتها بالأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، أو بأية جريمة أخرى تدخل في ولايتها.

٣. إغفاء الأشخاص جبراً^(١)، وجريمة للتمييز بين الأجسام عنصرياً^(٢) The crime of apartheid.

٤. غير ذلك من الأفعال ذات الطبيعة المشابهة التي تلحق بالمشهورين منها، قدرها كغيرها من المعاناة، أو تصيبهم بمخاطر جسيمة في أرواحهم أو صحتهم.

ثالثاً:

جرائم الحرب

٥٩٢- وعلا بمص المادة ٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، تختص هذه المحكمة بالفصل في جرائم الحرب، وعلى الأخص إذا تم ارتكابها كجزء من خطة، أو سياسة، أو من دائرة واسعة تؤتي فيها هذه الجرائم.

ولأغراض هذا النظام، يقصد بجرائم الحرب:

١. أية أفعال يكون محلها الأشخاص والأموال الذين تحميهم إحدى اتفاقيات جنيف ذات الصلة، ويكون من شأنها الإخلال بالخطر بأحكامها، ويندرج تحتها:
٢. قتل الأشخاص عدا، أو تعذيبهم، أو معاملتهم بطريقة تنافي كرامتهم، بما في ذلك إخضاعهم لتجربة بيولوجية.

(١) يقصد بإغفاء الأشخاص جبراً، القبض عليهم، واحتجازهم، أو اختطافهم من قبل أو بموافقة أو بدعم الدولة أو التنظيم السياسي لهذه الأفعال أو رضاهم بها، على أن يقتصر ذلك برفض الدولة أو للتنظيم، الاعتراض بحرماتهم من حربهم، أو إعطاء أية معلومات عن أماكن اعتقالهم بقصد تجريدهم من حماية القانون لفترة بطول زمنها أو يقصر.

(٢) قصد بهذه الجريمة الأفعال غير الإنسانية التي ترتكب في إطار نظام مؤسس على التمتع المنهجي، وسيطرة جنس على جنس آخر، يقصد دعم هذا النظام وضمان استمراره.

٣. تعدد إصابتهم بأضرار بدنية أو صحية خطيرة؛ أو تعيق معاناتهم؛ وغير ذلك من الجرائم الخطيرة المخالفة -في إطار قواعد القانون الدولي- للقوانين والقواعد العرفية التي يتم تطبيقها في إطار الصراع المسلح، والتي يندرج تحتها:

٤. تعدد توجيه الهجوم ضد السكان المدنيين بوصفهم كذلك؛ أو ضد أفراد مدنيين ليس لهم دور مباشر في القتال؛ أو ضد أشياء مدنية^(١)؛ أو ضد أشخاص أو مبانى أو أدوات أو وسائل نقل أو وحدات لهم، أو لها صلة بأعمال المعونة الإنسانية، أو بتتظيهم يحمل لحفظ السلام وفق ميثاق الأمم المتحدة؛ بشرط تمتعها بالحماية التي تكفلها هذه القواعد للمدنيين أو للأشخاص المدنية. وفقاً لقواعد القانون الدولي التي تنظم علائق قانونية في أزعة مسلحة بين أطرافها.

٥. تعدد شن هجوم مع العلم بالأضرار التي يربكها، سواء في ذلك ما اتخذ من صورها شكل إزهاق لأرواح المدنيين، أو إصابتهم بجروح، أو الإضرار بأشياء مدنية؛ أو صورة مضار جسيمة واسعة الانتشار تنال من البيئة الطبيعية، ولا تهرها المزايا المتوقعة من الأعمال الحربية في منظورها الإجمالي، بما يفقد هذه المزايا تتاسبها مع تلك الأضرار.

٦. الهجوم وإلقاء القنابل -بكل الوسائل- على مدينة أو قرية، أو على مبان أو مساكن ليس لها ثمة حماية، ولا تعتبر كذلك هدفاً حربياً.

٧. قتل أو جرح المحاربين الذين سلموا أنفسهم اختياريًا، بعد أن تغلوا عن أسلحتهم، ولم تعد لديهم وسائل للدفاع عن أنفسهم.

٨. إساءة استخدام علم الهدنة؛ أو علم آخر؛ أو رموز القوات المسلحة للعدو أو شاراتها أو أزيائها؛ أو علم الأمم المتحدة، إذا نجم عن سوء هذا الاستخدام وفاة أو جراح شخصية خطيرة^(٢).

٩. أن تقوم سلطات الاحتلال -بطريق مباشر أو غير مباشر- بنقل جزء من شعبها إلى الإقليم المحتل من قبلها، أو طردها سكان هذا الإقليم، أو نقلهم من كل أجزائه أو بعضها، سواء إلى داخل الإقليم المحتل أو فيما وراء حدوده.

(١) المقصود بالأشياء المدنية، الأشياء التي ليس لها طبيعة حربية.

(٢) يدخل كذلك ضمن العلامات التي لا يجوز إساءة استخدامها، العلامات المميزة لاتفاقيات جنيف.

١٠. توجيه هجوم متعدد ضد المباني المرسودة على أغراض خيرية، أو دينية، أو علمية، أو تعليمية أو على الفن، أو ضد تماثيل تاريخية، أو ضد دور أو أماكن يودع المرضى والجرحى فيها، بشرط ألا تكون أهدافاً حربية.

١١. تمتد إخضاع الأشخاص الذين يسيطر عليهم خصم معاد، لتجربة علمية أو طبية، أيًا كان نوعها، أو لعمل يتعلق ببنتر أطرافهم، إذا كان هذا الإجراء غير مبرر بضرورة يقتضيها علاجهم طبيًا، وكان كذلك في غير مصلحتهم؛ ومن أثره وفاة شخص أو أشخاص أو تعريض صحتهم لمخاطر جسيمة.

١٢. قتل أو جرح أشخاص بطريق الخداع Treachously إذا كانوا ينتمون لأمة معادية أو لجيشها.

١٣. إعلان أن غواً أن يمنح رحمة بأحد Declaring That no Quarter be Given.

١٤. تدمير أموال تملكها قوة معادية، أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن لذلك ضرورة تقتضيها الأعمال الحربية وتتطلبها.

١٥. حرمان المواطنين الذين ينتمون إلى خصم معاد، من الحقوق التي يملكونها وفقاً للقانون، سواء بالإغاثا أو بوقفها أو بتقرير عدم جواز قبولها. وكذلك حملهم على الإسهام في الأعمال الحربية الموجهة إلى بلدهم، ولو كانوا من المحاربين قبل بلدها.

١٦. نهب مدينة، أو مكان، حتى بعد أخذه عنوة.

١٧. استخدام السموم أو أسلحة لها سمية، أو الغاز الخانق، أو الغاز السام، أو غيرها من السوائل أو المواد أو الأجهزة التي لها أثر مائل؛ أو استعمال رصاص يتمدد، أو ينتشر بسهولة في الجسم.

١٨. استعمال أسلحة أو صواريخ أو مواد أو وسائل حربية تحدث معاناة لا ضرورة لها، أو جراحاً مغالى فيها Superfluous Injury or Unnecessary Suffering.

١٩. إكبان أعمال شريفة - لا حياة فيها - ضد شخص أو أشخاص بما يخل بكرامتهم، وعلى الأخص عن طريق إذلالهم أو إهانتهم.

٢٠. تجويعهم عن طريق حرمانهم من وسائل الحياة وضرورتها كإجراء يدعم الأعمال الحربية ويقويها؛ رغم كونهم من المدنيين.

٢١. اغتصاب أشخاص أو استعبادهم جنسياً Sexual Slavery أو فرض الدعاية عليهم، أو إكراههم على الحمل^(١) أو تعقيمهم جبراً حتى لا ينجبوا Enforced Sterilization.

٢٢- استخدام مدنيين أو غيرهم من الأشخاص المكفولين بالحماية، كدروع بشرية في مناطق بنوافتها بما يحول دون وقوع أعمال حربية فيها.

٢٣- قيد أو تسجيل أطفال أقل من خمسة عشر عاماً، لحملهم على الخدمة الإلزامية في القوات المسلحة الوطنية، أو لاستخدامهم في الإسهام النشط في الأعمال العدائية.

رابعاً:

ضوابط مباشرة المحكمة الجنائية الدولية لولايتها

٥٩٣- تباشر هذه المحكمة ولايتها بالفصل في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٥ من نظامها، وفق قواعده، وبمراعاة ما يأتي:

أ. أن تحل إحدى الدول المعنية طرفاً في هذا للنظام سوفق نص مادته الرابعة عشرة- إلى سلطة الاتهام The Prosecutor، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ب. أن يحل مجلس الأمن سوفق ما ينص عليه الفصل ٧ من ميثاق الأمم المتحدة- إلى سلطة الاتهام، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ج. أن تكون سلطة الاتهام قد بدلت في إجراء تحقيق في شأن هذه الجريمة، وفق الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٥ من النظام.

(١) يقصد بالإكراه على الحمل Enforced pregnancy غير المشروع لامرأة وجعلها حاملاً بالقوة بقصد الإضرار بالتكوين الخلقي لأي شعب، أو بقصد الإخلال الخطير بقواعد القانون الدولي.

خامساً:

شروط قبول المحكمة الجنائية الدولية الفصل في الجرائم التي تدخل في ولايتها

٥٩٤- ولأن اختصاص هذه المحكمة -على ما يبين من الفقرة العاشرة لديباجة نظامها- يعتبر مكملاً للنظم العقابية الوطنية، فإن عليها أن تقرر عدم قبول للقضية المطروحة عليها في الأحوال الآتى بيانها:

١. إذا كانت القضية قد تناولتها إحدى الدول التي لها ولاية عليها، بالتحقيق أو الاتهام، ما لم تكن هذه الدولة، غير راعية، أو غير قادرة بصفة أصيلة، على المضى فى أعمال التحقيق أو الاتهام التي بذلتها.

٢. إذا كانت الدولة التي لها ولاية على القضية، قد قررت بعد تحقيقها لها، ألا توجه الاتهام إلى الشخص المعنى بها، ما لم يكن هذا القرار ناجماً عن انتفاء رغبةا، أو عدم قدرتها أصلاً، على توجيه الاتهام.

٣. إذا كانت القضية ليس لها من الأهمية والخطر ما يدعو المحكمة الجنائية الدولية إلى متابعتها.

٤. إذا كان الشخص المعنى بالجريمة -المحظور ارتكابها وفق أحكام المواد ٦ و٧ و٨ من هذا النظام- قد حوكم عنها من قبل محكمة أخرى. إذ لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تحاكمه عن هذه الجريمة ذاتها إلا في إحدى حالتين:

أولاهما: أن تكون الإجراءات في المحكمة الأخرى تتوخى حماية الشخص المعنى بالجريمة التي تدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية، من المسؤولية الجنائية عنها.

ثانيتهما: أن تكون الإجراءات التي طبقتها المحكمة الأخرى في شأن الجريمة، لا تستل على حيدتها أو استقلالها وفق قواعد القانون الدولي المسلم بها، وكان تطبيقها لها قد تم على نحو لا يتفق -فى نطاق الأوضاع التي لا يستها- وقصد تقديم هذا الشخص للعدالة لينال جزاءه عنها.

الفصل الرابع

الرقابة القضائية على دستورية محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية

نبذة عامة

٥٩٥- وفي نطاق اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي تنظم إدارة القوات المسلحة وضوابط عمل أفرادها، وواجباتهم التي يؤخذون على الإخلال بها، ولضوابط سلوكهم التي يلتزمون بمراعاتها، تصوغ السلطة التشريعية ما تراه من النصوص العقابية ملائمة وضرورياً لتهيئهم عن إتيان الجرائم التي حددتها، وعقابهم عنها حال ارتكابهم لها.

وبم ذلك وافق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تكمضب بها محاكمتهم عن تلك الجرائم، والتي يدرج تحتها تحديد نموذج المحاكم التي تشكلها للفصل في جرائمهم، وطرق الطعن في أحكامها، وقواعد التصديق عليها تحويراً أو إضناء لها.

كل ذلك بقصد تحقيق نظام خاص للعدالة الجنائية يقتصر على أفراد القوات المسلحة من ضباطها وجنودها حينما كانوا؛ ومن الملحقين بهم الذين يرتبطون معهم بعلاقة من نوع خاص؛ ومن جنود وضباط الاحتياط الذين تستدعيهم القوات المسلحة بعد انتهاء خدمتهم، بقصد تطوير تدريبهم. فهؤلاء وهؤلاء يمثلون جوهر النظم العسكرية التي لا توفر للخاصين لها حلي الأعم من الأحوال- ضوابط حقيقة للتقاضي. وكثيراً ما تغل بضماناته الرئيسية، وعلى الأخص ما يتطرق باستقلال قضاء هذه المحاكم وحيثتهم.

وكان منطوقاً أن يستبعد المدنيين من دائرة تلك النظم، وأن تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ من الدستور الروماني، على أن الأصل في العدالة، هو أن تدبرها محكمة العدل العليا وغيرها من المحاكم التي ينشئها القانون؛ وأن من المحظور تكوين محاكم لها طبيعة استثنائية *The Setting Up of Courts of Exception is Prohibited*؛ وأن تنص كذلك المادة ١٠٢ من الدستور الإيطالي على أن الوظيفة القضائية لا يتولاها إلا قضاء عابيون يتم تعيينهم وتنظيم أوضاعهم وفق قواعد التنظيم القضائي. ولا يجوز تعيين قضاء استثنائيين، ولا قضاء خاصين، وإن جاز تشكيل دوائر خاصة من القضاء لنظر مسائل بذواتها، على أن يكون ذلك في إطار الأجهزة القضائية العادية؛ ويشترط إسهام المواطنين المؤهلين- الذين لا يعتبرون أعضاء في السلطة القضائية- في نشاطها.

ويحدد القانون هذه المسائل، وصور الإسهام الشعبي في إدارة العدالة.

وتنص المواد ١٨٦ و ١٨٨ و ١٨٩ من دستور مملكة تايلاند على أن النظر في الخصومة القضائية من اختصاص المحاكم التي يتعين أن تنصل فيها وفقاً للقانون.

ولا يجوز أن تحل محل المحاكم العادية، محكمة يوليها المشرع اختصاص الفصل في قضية بذاتها. وليس للمشرع أن يعد قانوناً من لُزء تغيير أو تعديل القانون المنظم السلطة القضائية، أو القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، إذا كان هذا القانون لا يتوخى غير موجود تطبيقه على قضية بذاتها^(١).

وتنص المادة ١/٢٧ من دستور الجمهورية الكورية الصادر في ١٩٤٨/٧/١٧ والمعدل في ١٩٨٧/١٠/٢٩، على أن المواطنين لا يحاكمهم إلا قضاء مؤهلين وفقاً للدستور والقانون.

وتحظر فقرتها الثالثة، مثول المواطنين من غير المجلدين في القوات المسلحة، أو العاملين فيها، أمام محاكم عسكرية في تشكيلها، ما لم يكن ذلك بعد إعلان القوانين العرفية الاستثنائية، وفي شأن جرائم بذواتها^(٢).

وتنص المادة ٢٨ من هذا الدستور على أن للأشخاص الذين تثار في شأنهم شبهة ارتكابهم لجريمة ما، حق في التعويض عن مدة احتجازهم، إذا أطلق سراحهم وفقاً للقانون، أو لم يوجه اتهام إليهم.

(١) تنص المادة ١٩٤ من دستور تايلاند على أن للمحاكم العسكرية سلطة الفصل في الخصومات في الحدود المنصوص عليها في القانون.

(٢) حصر الدستور هذه الجرائم في جريمة الإخلال بسرية المعلومات الحربية الهامة، وجريمة تخلي الجسود الذين يتولون حراسة المواقع الحربية عن واجبتهم، وجريمة إمداد الجيش بأطعمة فاسدة، والجرائم التي يبينها القانون وتقع على محذاته وتجهيزاته، والجرائم ذات الصلة بالأسرى.

المبحث الأول

الحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد

في مواجهة سلطة الاتهام

٥٩٦- يتولى القضاء بحكم ضمائرهم، وعلى ضوء واجبه في تطبيق قاعدة القانون، مسئولية ضمان حماية حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية بما يكتل فعاليتها. وعليهم أن يبدلوا كل جهد من أجل توفيق تشريعاتهم الوطنية مع التطور الراهن لحقوق الإنسان في النطاق الدولي.

ذلك أن هذه الحقوق -على حد قول الأستاذ هنكن- >>هي التي يطلبها كل فرد ويستأثر بها، ويحرص على أن توفى الجماعة اهتمامها، وأن توفر لها مجالاً حياً لتطبيقها.

ووصفها بأنها حقوق لكل إنسان، بغد عالميتها، وأن على كل جماعة أن تسلم بها، وأن مضمونها لا تغيره الجغرافيا ولا التاريخ ولا الثقافة ولا الأيدلوجية، ولا النظم الاقتصادية أو السياسية، ولا درجة التطور التي بلغتها.

ووجودها وضرورة النزول عليها لا يرتبط كذلك بالمرق، ولا بالجنس، ولا بالطبقه الاجتماعية، ولا بمركز أيأ كان. ووصفها بأنها حقوق، مؤداة أن طلبها يدخل في منطقة الحق، وأنها بالتالي لا تعتبر من الحقوق التي تنتجها روابط الأخوة، أو التي يفرضها الوجودان. ولا يمنحها أحد كذلك تفضيلاً على غيره. ولا هي آمال يرنو أصحابها إليها أو يطمعون في تحقيقها، ولا مجرد ثمار يسعون إلى جلبها.

ولا يحتاج أصحابها، إلى كسبها أو التكتيل على استحقاقهم لها. وإنما هي تخويل Entitlement يقابل بالتزام في إطار نظم سياسي يخضع للقانون، إذا كان هذا النظام خلقياً ومحكوماً بقانون أخلاقي. ومن ثم لا تعتبر حقوق الإنسان، نظرة مثالية تتطلع بصورة مجودة إلى ما هو خير أو حسن، ولكنها حقوق تقبل للتحديد، ولا تجهيل فيها. وهي في مجموعها تبلور ضرورة احترام كرامة الفرد، وهدراً كبيراً من ذاتية شخصيته، وتقييماً لحقائق العدل ومظاهر الجور^(١).

(١) Hinken, Rights here and there, vol. 81, 1981 Colombia Law Review, at 1582.

وليس الدستور بالتالي مصدراً لهذه الحقوق. والمعاهدة الدولية والأعمال الحكومية لا تتقنها. وإنما هي مجرد وسائل تؤكد من خلالها اعترافها بها، وتكفل عن طريقها آلية ملائمة لتنفيذها.

٥٩٧- وتقليدياً تندرج دائرة حقوق الإنسان لتشمل كل ما يتصل بأهمية الفرد وكرامته كحرية الاجتماع والتعبير عن الآراء وحرية العقيدة. ومن هذه الناحية تثير حقوق الإنسان خلافاً في شأن حقيقة القائمة التي تشملها هذه الحقوق، ونطاق أو مضمون كل حق منها.

ومن الناحية الإجرائية، تحيل هذه الحقوق إلى القواعد الأساسية في القانون التي تكفل حمايتها.

ورشة حقيقة لا مراء فيها، هي أن حقوق الإنسان وحرياته سواء في توجهاتها أو في القيم التي تركزها- تغدو سراباً، إذا لم تكفل النظم القانونية التي تحيط بها- إيلاراً فعالاً لضماتها- شأن حقوق الأفراد في ذلك، شأن للترامتهم. ذلك أن إعمال تنفيذها جبراً على من ينادعون فيها أو يتصلون من يفلها، يحلها لشباحاً نبصرها، ولا نقبض بأيدينا عليها^(١).

Legal obligations that exist, but cannot be enforced, are ghosts that are seen in the law, but are elusive to the grasp.

ومجرد إيراد قائمة بحقوق الناس وحرياتهم، لا يكفلها، ولو أدرجها الدستور في صلبه، أو نص عليها إعلان منفصل عن الدستور ولو كان في قوة أحكامه.

ذلك أن النصوص القانونية ربما في ذلك نصوص الدستور- لا تكمن قيمتها في مجرد تكوينها، إذ هي تعبير عن قيم لا تكبض بالحياة إلا من خلال تطبيقها. ومن المتصور بالتالي أن تتطابق في دولتين مختلفتين، وثقتان لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تتباعدا بصورة كلية أو جزئية في مجال تطبيقهما. وحتى لدخل الدولة الواحدة، فإن نظمها القانونية القائمة، لا يتم تطبيقها بصورة واحدة في عصور مختلفة من تاريخها. وإنما تتباين تطبيقاتها فيها على ضوء مواقفها من الديموقراطية عدولاً عنها أو اعتصاماً بها. وتظل الحقائق التاريخية التي عاشتها الأمم على اختلافها، والشواهد التي تكل عليها تجاربها المبررة، خير برهان على أن الضمان النهائي لحقوق الناس وحررياتهم، لا يكمن في مجرد القبول بها، ولا في تكوينها في موائيق تعبر بها عن إصرارها عليها، وإنما يكفلها آلية قضائية لها من استقلالها وحيديتها ومن مكانتها بين مواطنيها، ما يمنحها قوة أدبية كبيرة تزن من خلالها بالقسط عدول السلطة التشريعية أو

(١) The Western Maid, 257 U.S. 419 (1922) at 433.

التفنيذية على كل حق أو حرية كلها المستور، لتردهما معا إلى القيود التي فرضها عليهما، فلا تخرجان عن حدود ولايتيهما. ويتم هذا التحول ليس فقط من خلال النصوص القانونية أو عن طريق بعض للتعبير، كالقبض والاعتقال، وإنما يتحقق كذلك من خلال إلحاق المدنيين بالعسكريين الذين يختلفون عنهم ليس فقط في صفاتهم وطبيعة المهام الملقاة عليهم، وجوهر النظم التي ينبغي أن تحكم كل فريق منهم، وإنما كذلك في نوع واجباتهم، وأنماط سلوكهم التي يواخذون عنها، وماهية الجرائم التي يجوز إسنادها إليهم. ذلك أن الجرائم العسكرية غير جرائم القانون العام، في أوصافها وأركانها والأغراض التي تستهدفها.

كذلك فإن لكل من هذين النوعين من الجرائم، قضائتها الذين يشاركون فيما بينهم، سواء في طرائق تعيينهم وقدر استقلالهم، وحديثهم، أو في الطريقة العملية التي يديران بها العدالة الجنائية، وكذلك في كيفية تشكيل المحاكم التي تضمهم، وطرق الطعن في أحكامها، وللشروط التي يتطلبها القانون لنهائيتها.

فلا يجر مدنيون إلى محاكم عسكرية لا يطمئنون لضمائانتها، ولا شأن لهم بقضائتها، ولا بوسائلتها في تنفيذ أحكامها. ذلك أن التمييز بين الجرائم التي تفصل فيها هذه المحاكم، وغيرها من الجرائم التي تولجها النظم المدنية -هي جرائم القانون العام- ضرورة يقتضيها أن لكل نوع من هذه الجرائم، قضاء يتفهمون أبعادها، ويتركون خصائص وأعراض الجزء المقرر علي ارتكابها. ولأن جاز القول بأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والموضوع والأشخاص، إلا أن التخصص غير التعمل. كذلك يفترض التفصيل، أن تعطي لكل حالة لبوسها، وأن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتوخاها، ليكون طريقا إلى عدالة أعق وأكمل.

٥٩٨- وسواء تطرق الأمر بالمحكمة العسكرية أو بمحاكم القانون العام، فإن من يقدمون إليها ويمثلون أمامها عن الجرائم التي تشكل -مستورياً- في نطاق ولاية كل منهما، يقتسمون في مواجهتها بعد أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى تعلقها بالضوابط الأساسية للمحاكمة المنصفة التي وصفها المحكمة الدستورية العليا بأنها مجموعة القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاما متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية؛ ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجهما عن أهدافها؛ وينطلق في ركائزه من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية؛ ويتغيا في جوهره أن تنفذ الدولة -في مجال تحديد ما للجرائم وتقرير عقوباتها- بالأغراض النهائية للقوانين الجنائية، التي ينبغي أن تكون إدانة

المتهم هدفا مقصوداً منها، أو أن تكون القواعد التي تتم محاكمته على ضوئها، مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة. وإنما يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز السزول عنها أو الانتقاص منها. ذلك أن القواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، وإن كانت إجرائية في الأصل، إلا أن تطبيقها في مجال الخصومة الجنائية -وعلى امتداد مراحلها- يؤثر بالضرورة في محصلتها النهائية^(١).

وتتوخى القواعد المبدئية للنظم العقابية جميعها، تحديد دائرة المخاطبين بها بما يكفل تحقيق أهدافها. فالمندوبون جميعهم مخاطبون بجرائم القانون العام. والذين يعملون في القوات المسلحة، ويعتبرون من كوادرها، أو يلحقون بها لخدمتها، لهم جرائم تخصهم لا يتوخى المشرع بتقريبها غير تأمين القوات المسلحة، وضمان تماسكها حتى لا يفرط عقدها، أو يخلل نظمها.

ولهؤلاء هؤلاء محاكمهم التي يستقلون بها، سواء تعلق الأمر بتشكيلها، أو بضمائماتها، أو بكيفية تطبيقها عملاً.

٥٩٩- وإذا كان المندوبون مخاطبين بجرائم القانون العام، ولهم محاكمهم التي تستقل بتشكيلها وضمائماتها عن المحاكم العسكرية؛ فإن العسكريين لا يتمتعون أثناء خدمتهم بكامل حقوق المندوبين. ومن ذلك أن حقهم في اختيار الزوج ليس مطلقاً، وحريةهم في التعبير عن آرائهم لدخل وحداتهم ونشرها من خلال حق الاجتماع، تتخللها قيود كثيرة تصل إلى حد منعها كلية إذا كان من شأن ترويجها إيهان عزائم من يتلقونها. كذلك ينطلق أمامهم الطريق إلى الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الإسهام الفعال في نشاطها. وقد يكون دخولهم في النظم العقابية أثناء خدمتهم، مطلقاً على إذن خاص. والنظم التأديبية التي يخضعون لها صرامتها ومرونتها التي تكفل تحقيق أهدافها، وعلى الأخص أثناء خدمتهم في ميدان الأعمال الحربية، لضمان امتثالهم لأوامر قادتهم دون إبطاء وبذلك كل جهد لتنفيذها في الصورة المرجوة.

(١) "مستورية عليا" -قضدية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٢/١٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥ من ٢٨٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن الخضوع لها وإمضاءها في توقيعاتها المحددة، والامتناع عن معارضتها، هو الضمان الوحيد لصون الخصائص القتالية للمالية لوحدهم^(١).

وجرائمهم التأديبية هذه -التي يندرج الاختصاص في تقدير الجزاء على ارتكابها، للقادة والرؤساء في وحدتهم بوصفهم مسؤولين عن الانضباط فيها- غير جرائمهم العسكرية التي يحصيها المشرع ويحصرها في أفعال بذاتها ينص عليها بما يفصل ارتكابها. ومن ثم تستقل العقوبة التأديبية -في مجال تطبيقها وإجرائها والسلطة المختصة بتوقيعها- عن العقوبة الجنائية التي يؤخذون بها عن جرائمهم.

ذلك أن الفعل الواحد، قد يشكل ذنباً إدارياً وجريمة جنائية في آن واحد. ولا يحول تلقى الموازنة التأديبية بواقعة بذاتها، دون تلقى الدعوى الجنائية بهذه الواقعة عينا إذا كان المشرع قد أتم جنائيا ارتكابها.

ولئن جاز القول بأن الجزاء الانضباطي لا تتوالت فيه كل همالة يحيط المشرع بها إيقاع للعقوبة الجنائية، وأن الجريمة التأديبية تحركها أفعال قلما يتدخل المشرع لتعيينها بقانون، وإنما يحيل في شأن بيانها -رسمية إجمالية- إلى السلطة الانضباطية التي يحددها، وكان الجزاء الجنائي يرتبط بالضرورة بجريمة يحين للقانون ارتكابها في صلبه، فلا بكل تحديدها إلى أداة أدنى، وكان الخطأ الواحد في الجريمة التأديبية كثيراً ما يحلط بأكثر من جزاء كي تقدر السلطة المختصة ما تراه مناسباً من بينها في حالة بذاتها لها خصائصها، إلا أن العقوبة التأديبية تسوغها ضرورة سيطرة القادة والرؤساء على وحداتهم، وإقرار النظام الداخلي بين أفرادها.

٦٠٠- ولقد يعارض بعض المواطنين الانخراط في القوات المسلحة بناء على عقيدة يؤمنون بها، أو على ضوء وجهة نظر فلسفية تنكسرهم عن القتال Les objecteurs de conscience فلا يكون قبول المشرع لاعتراضهم على سبيل الدماء، غير عمل ممن أعمال التسامح، لا يفهم نهائياً من الخدمة الإلزامية بالقوات المسلحة، وإنما يلحقهم المشرع بإحدى

(١) "مستورية عليا" -التكثيرة رقم ٧٢ لسنة ٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الأول من مجموعة أحكامها.

وحداتها غير القتالية. وقد يبدل خدمتهم الإلزامية- وبما لا يجاوز المدة المقررة أصلاً لها- بخدمة مدنية تعود فائدتها على الجماعة^(١).

٦٠١- ولا يحول خضوع العسكريين لنظام قانوني خاص، سواء فيما يتعلق بنوع الجرائم التي يسمون عنها، أو قدر عقوبتها، أو تشكيل المحاكم التي يعهد إليها بالفصل فيها، دون تمتعهم في محاكمتهم عنها بعد أدنى من الحقوق التي لا يجوز التفریط فيها، ومن بينها:

١. ضرورة تعريفهم بالتهمة الموجهة إليهم في طبيعتها وسببها وأدلتها وكافة عناصرها. ويكون ذلك بإخطارهم بها دون إرجاء، وتفصيلاً، وبلغة يفهمونها.

٢. أن يتوافر لديهم الوسائل الكافية والملائمة لتحضير دفاعهم، مع ضمان اتصالهم بالمدافعين عنهم من المحامين^(٢).

٣. أن يفصل في التهم الموجهة إليهم دون إبطاء، ودون إخلال بالحق في الدفاع عنهم، سواء بأنفسهم أو عن طريق محامين يختارونهم، أو محامين يندبون لهذا الغرض- وبشرط ألا تكون هذه المعونة للقانونية شكلية في حقيقتها.

ذلك أن غايتها ضمان تقديم دفاع مقنن يرد التهم على أعقابها، فلا يكون هذا الدفاع غير معونة لها من فعاليتها، ما يؤكد موضوعيتها^(٣).

٤. أن يتوافر لهم -إذا كانوا من المعوزين- حق للحصول على المعونة القانونية الملائمة بغير تكلفة. ذلك أن تحميلهم نفقتها يعجزهم عنها، ويرددهم عن طلبها.

٥. امتناع حملهم على الإدلاء بقول تكذيبهم، لأنهم بذلك يشهدون ضد أنفسهم جبراً، ويقرون بذنوبهم التي يريدون كتمانها، فلا تكون هذه الأفعال غير إضرار بهم بغير رضائهم^(٤).

(١) في فرنسا تضاعف المدة بالنسبة إلى من يعارضون الإخراط في الوحدات القتالية للقوات المسلحة وهو ما ينافي مبدأ المساواة. ذلك أن الإثن لهم بعدم الإخراط فيها، يقتضي أن تكون الأعمال البديلة عن الخدمة العسكرية مساوية في زمنها للمدة ذاتها المقررة لهذه الخدمة.

Arlette Heymann- Doot, libertés publiques et droit de l' homme, 4 edition, pp. 104 -

106.

(٢), (3) Gidon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

(٤) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

٦. أن يتبها لهم مترجمون يفهمونهم لغة قضائهم، إذا عجزوا عن إدراكها.
٧. ألا يطبق عليهم قانون جنائي بأثر رجعي، وألا تزيد وطأة العقوبة التي يفرضها هذا القانون بأثر مباشر، عن قدر يكفل تكاسبها مع الجريمة. فإذا تعلد قانونان على الجريمة ذاكها، تحين أن يكتفى بالعقوبة الأقل التي قررها القانون اللاحق.
٨. أن يكفل المشرع حقهم في تنفيذ عناصر الاتهام وحضنها، وذلك من خلال مواجهة شهود الاتهام وتجريحهم تشكيكا في أقوالهم، واستدعائهم كذلك لشهود ينفون الاتهام عنهم. كله ذلك في نطاق وسائل إجرائية جبرية يجوز طلبها والحصل عليها.
٩. أن يتوافر لهم شكل من أشكال الطعن في الأحكام التي تصدر ضدهم. على أن تتم مراجعتها من قبل محكمة أعلى لها من استقلالها وحيثتها وطبيعة القواعد التي تطبقها، ما يكفل إنصافها.
١٠. ضمان حقهم في التعويض وفقاً للقانون عن إدانتهم بالجريمة بخير حق. وتتلفد عقوبتها دون مقتضى. وذلك كلما نقض الحكم الصادر فيها، أو صدر عفو عنها بعد ظهور واقعة جديدة تؤكد -بما لا يخفى فيه- أن العدالة لم تتم في الصورة التي لا يخل بها مجراها *Misconduct of justice*. ويتعين أن يكون هذا التعويض كاملاً -لا رمزياً- إذ هو تعويض عن خطأ السلطة القضائية الجسيم، أو عن إدارة العدالة بما يشوه وجهها^(١).
١١. أن تنصل في الاتهام محكمة لها من ضماناتها الموضوعية والإجرائية، وعلائكة جلساتها، ما يكفل استقلالها وحيثتها^(٢).

(١) شبيه بذلك ما تنص عليه المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من أنه إذا تبين للمحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، أن قراراً أو تدبيراً قد صدر عن سلطة قانونية أو أية سلطة غيرها لإحدى الدول المتعاقدة، وأن هذا القرار أو التدبير يتعارض كلياً أو جزئياً مع الالتزامات الملقاة على عاتق هذه الدولة، تحين على المحكمة -عند الضرورة- أن تقدم ترضية عادلة للطرف المعترض، إذا كان القانون الداخلي لتلك الدولة لا يسمح بغير تعويض جزئي عن النتائج المترتبة على هذا القرار أو التدبير.

(٢) انظر فيما تقدم المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمواد ١١، ١٠، ٨، ٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة ٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في سان جوسيه في ١١/٢٢/١٩٦٩؛ وكذلك الميثاق الأفريقي حول حقوق الإنسان والشعوب.

١٢. ضمان استبعاد كل دليل يتم التحصل عليه بالمخالفة للدستور والقانون، ذلك أن القوة المتزايدة للشرطة، وتطور وسائلها التقنية في التحقيق ومطاردة الجناة ولقبض عليهم، كثيرا ما أغراها على التزاع أدلة بالإكراه أو بالوعود الكاذبة^(١).

١٣. لا يجوز لسلطة الاتهام، أن تسامح المتهم علي النزول عن حق كئله له الدستور The Bargaining away of Constitutional Rights، كأن تدعوه إلى النزول عن الحق في الطعن عن الحكم الصادر بالعقوبة، مقابل إسقاط بعض التهم التي وردت في قرار الاتهام^(٢).

ويؤثر في هذا المقام، موضوع التفاوض مع المتهم علي الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي تضمنها قرار الاتهام، وهو ما يسمى بالإقرار بجريمة من خلال المساومة عليها Plea Bargain .

ويفسر ذلك بأن الجرائم في الماضي كانت قليلة، وكان المتهمون يظفرون دائما بالمثول أمام قضاة يحققون في الاتهام من كل جوانبه ويفصلون فيه. ثم تطور الأمر مع الزمن بعد أن زادت الجرائم بكثرة ملحوظة وقل عدد قضائها، وابتدع العمل -ولمواجهة هذه الصعوبة- نظاما تقدم فيه النيابة إلى المتهم ما لديها من أدلة في شأن الجريمة التي نسبها إليه، وتبصوه بالعقوبة التي سيلقها لو أدين عن هذه الجريمة، ثم تدعوه إلى الإقرار بجريمة عقوبتها أقل. فإذا أقر بها، حوكم عن الجريمة الأقل. وهو ما يوفر أموالاً طائلة يدفعها المواطنون في مجال تسيير مرقق العدالة، ويحقق معدلا أكبر في مجال الفصل في القضايا، ويوفر فرصة أفضل للمتهم من خلال قضاء عقوبة منتهأ أقل من تلك التي كان من المحتمل توقيعها عليه في شأن الجريمة الأكبر^(٣).

إلا أن هذا النظام لازل محييا مع كل مزاياه المنقمة. ذلك أن المتهم ينزل عن الحق في محاكمته عن الجريمة التي تهم أصلا بارتكابها، والتي قد لا يدان عنها. وهو يحصل علي القبول بالعقوبة الأقل، خوفا من عقوبة الجريمة الأكبر بما ينال من مصلحة الجمهور في أن

(١) Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914); Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949); Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

(٢) Wyman v. James, 400 U.S. 309 (1971).

(٣) Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

تسجل الإحصاءات أن ٩٥,٥% من القضايا الجنائية التي نظرتها ولاية نيويورك في عام ١٩٦٤، تم الفصل فيها من خلال نظام المساومة؛ وأن ٧٤% من مجموع القضايا الجنائية في ولاية كاليفورنيا في العام نفسه، تم الفصل فيها علي مقتضي ذات النظام.

يدان كل متهم عن الجريمة التي ارتكبها فعلا. فإذا كان المتهم بريئا من التهمة، تعين إطلاق سراحه، خاصة إذا كان الدليل ضده ملفقا.

المبحث الثاني

الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية

٦٠٢- تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن السلطات العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم داخلاً في اختصاصها أم لا.

ولا شبهة في مخالفة هذا النص للدستور، وذلك لما يأتي:

أولاً: أن حكم المادة ٤٨ المشار إليها وإن تقرر بقانون، وكان القانون يعد تعبيراً عن السيادة الشعبية في كثير من الدول التي تعطيه صمة يسمو بها على تدخل السلطة القضائية في فواعده، سواء بإلزامها أو تعديلها، وكان القانون وإن أقرته السلطة التشريعية المنتخبة، إلا أن الدستور يظل قيماً على فواعده جميعها، فلا تستقيم صحتها إلا بشرط تليينها للضوابط التي أحاطها الدستور بها، وكان البرلمان مقييماً بالدستور، ولو اختلط بالسلطة التنفيذية أو خالطها لياتر بتوجيهاتها، وكان خروج السلطة التشريعية، على حدود ولايتها سواء بالدولان على ولاية منحها الدستور لسلطة غيرها، أو بالاندماج فيها بما يكفل توحيدهما - لا يقيمها فوق الدستور، ولا يعطيها الحق في أن تستقل بتحديد معاني أحكامها، وكانت النظم العسكرية، ولو صدر بها قانون، إلا أنها هي في النهاية نظم قانونية مخاطبة بالدستور، وعليها أن تقتيد بأوامره فلا تتحول عنها؛ فقد تعين أن يكون الدستور، حداً نهائياً لكل اختصاص^(١).

ثانياً: أن إطلاق يد السلطة التشريعية من القيود التي تكبها، مواءم أن تحدد بنفسها - يوصفها حكماً نهائياً - ما ينقض أو يوافق الدستور. وهو ما يتأبى على وجود محكمة عليا تستقل بتشكيلها وضماناتها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتعرض عليهما معاً قيود الدستور، حتى لا تعمل أيتهما فيما وراء دائرة ولايتها، جوراً على اختصاص مقرر لغيرها.

ثالثاً: وإن تنص المادة ١٨٣ من الدستور على أن ينظم القانون القضاء العسكري، وبين اختصاصه في حدود المبادئ الواردة في الدستور؛ فإن هذه المبادئ تكون قيماً على كل تنظيم تشريعي لهذا القضاء، ولا يجوز بالتالي أن يجر هذا التنظيم، حق الناس كافة في اللجوء إلى

(١) لم تكن النسخة الفرنسية السابقة على دستور ١٩٥٨، تخول المحاكم حق النظر في دستورية القوانين، وكان ملطياً بالتالي أن يقرر مجلس الدولة الفرنسي وحدها، ما يأتي:

En l'état actuel du droit public français, un tel moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant en contentieux [C. E. 6 Nov. 1936].

قاضيهم الطبيعي؛ ولا أن يدخل بحقهم في الدفاع؛ ولا في النفاذ إلى الوسائل القضائية الملائمة للدفاع عن حقوقهم إذا كانوا غير قادرين ماليا على تحمل نفقاتها؛ ولا أن يهدر ضمانات استقلال القضاء وحيثيتهم؛ واستتاع عزلهم؛ وعلائية جلساتهم؛ وخضوعهم للقانون فيما يصلون فيه من القضايا؛ ولا أن يجوز للتدخل في شئون العدالة؛ وجميعها حقوق كفلها الدستور لكل فرد وفق مواده ٦٨، ٦٩، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٨ و١٦٩؛ بما يحول دون الخروج عليها من خلال بسط حدود الدائرة للمنطقة التي يصل القضاء العسكري في نطاقها؛ وإلا صار قضاء استثنائيا، مخالفاً للدستور.

رابعاً: وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا -على ما تنص المادة ٢٥ من قانونها - هي الهيئة القضائية الوحيدة التي تختص بالفصل في كل نزاع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مختلفتين، وكان عليها أن تستبصر لولا نطاق الولاية التي حددها المشرع لكل من هاتين الجهتين، وأن تفصل بحدوث فيما إذا كان المشرع قد حدد تفصوم هذه الولاية وفق ضوابطها المنصوص عليها في الدستور.

فإذا بان لها مجاوزة المشرع لهذه الضوابط كان عليها أن تبطل النصوص القانونية التي خالفتها من خلال استصحابها لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها على تقدير أن اللجوء لهذه الرخصة، يتصل بنزاع معروض عليها يدخل الفصل فيه لى اختصاصها لعلقه بتطبيق نص المادة ٢٥ من قانونها.

خامساً: وإذا نصت المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية على أن المحاكم العسكرية وحدها هي التي تتحدد ما يدخل وما لا يدخل في اختصاصها؛ وكان ما قرره هذا القانون لى ذلك -وهو سابق في وجوده على العمل بقانون المحكمة الدستورية العليا- يناقض اختصاص هذه المحكمة المنصوص عليه في المادة ٢٥ من قانونها، فإن قانون الأحكام العسكرية لا يكون معدلاً لقانون لا حق عليه خاصة إذا كان هذا القانون اللاحق قد نظم بصورة مبتدأ القواعد التي تحكم التنازع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين أيا كان موقعهما أو طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكمهما. فضلاً عما هو مقرر من عو المحكمة الدستورية العليا على كل هيئة قضائية سواها. وهو ما خولها -وفقاً لقانونها- السلطة التي تتحدد بها، ليس فقط الهيئة القضائية التي اختصاصها المشرع بالفصل في النزاع محل التنازع، وإنما كذلك إضفاء ولاية

جديدة علي هذه الهيئة إذا كان النزاع قد خرج من يدها بصفة نهائية بإصدارها حكماً قاطعاً فيه بعد تقديم طلب لنقض التنازع إلى المحكمة الدستورية العليا^(١).

ولا يتصور بالتالي أن يتولي القضاء العسكري مهمة الفصل في نزاع علي الاختصاص يكون هو طرفاً فيه، وإلا انقلب خصماً وحكماً في آن واحد.

سابعاً: كذلك فإن الهيئتين القضائيتين المتنازعتين علي الاختصاص تتكافأن قدرأ، ولا تعلق لإحدهما علي أخراهما. وإنما هما خصمان في موضوع معين يتعين أن تفصل فيه محكمة تعلوهما معا، هي المحكمة الدستورية العليا التي يستحيل أن تكون أحكامها -وعلي ما جري به قضاؤها- طرفاً في نزاع علي الاختصاص. وفي ذلك ضمان لحينئتها فيما بين الهيئتين المتنازعتين علي الاختصاص، لتخص إحدهما بالفصل في النزاع المعروض عليهما باعتبارها أولى به من غيرها وفق أحكام الدستور والقانون^(٢).

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية تنازع -قاعدة رقم ٥- جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ ص ٤٥٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. أنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منزعة تنفيذ" -قاعدة رقم ٣- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- ص ٤٠٥ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٤ قضائية تنازع -قاعدة رقم ٧- جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ ص ٨٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها، وفيها اصلت المحكمة الدستورية في تناقض مدعي به بين حكمتين نهائيتين صدر أحدهما عن محكمة أمن الدولة العليا، وثانيهما عن المحكمة العسكرية العليا، قاطعة بذلك بعدم اعتدادها بنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أنه سواء تعلق الأمر بالتنازع علي الاختصاص أو بالتناقض في الأحكام، فإن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في هذا النزاع إلا علي ضوء أجدر هاتين المحكمتين بنظره في إطار الحدود التي رسمها المشرع لولاية كل منهما بما لا يناقض الدستور.

المبحث الثالث

قانون الأحكام العسكرية لقانون خاص

٦٠٣- هو قانون خاص بالنظر إلى نوع الجرائم التي ينظمها، والمسؤولين جنائيا عن ارتكابها، وتشكيل المحاكم التي تفصل فيها، وطرق الطعن في أحكامها والقواعد التي ألفدها في مجال التصديق عليها. وهو بذلك يستقل عن محاكم القانون العام سواء فسي تشكيلها أو ضماناتها، خاصة ما يتعلق منها بحيدتها واستقلالها، وهما ضمانان أساسيان لمصون حقوق المواطنين وحرياتهم. وحتى وإن نص هذا القانون الخاص على تطبيق القواعد الإجرائية التي حواما القانون العام، إلا أن الكيفية التي تطبق بها القواعد عملا هي التي تسم المحاكم العسكرية بالخروج على النمط الإجرائي لمحاكم القانون العام.

وهذا التنظيم الخاص وإن كان يمايز بين الجرائم بعضها البعض بالنظر لخصائصها، وكان الأصل في التنظيم الخاص، أن يدور عن قواعد القانون العام إلا إذا أحال إليها، أو خلا من نص على خلافها، إلا أن أفراد أنواع بذواتها من الجرائم بقانون خاص يحيط بها، لا يعتبر معيبا دستوريا، ولو فقد القانون الجنائي تلك الوحدة التي تقترض تنظيما شاملا ووحيدا^(١) للجرائم جميعها. ذلك أن وحدة القانون الجنائي، أو تفرق قواعده بين أكثر من قانون، يرتبط دوما بطبيعة المصالح التي ينظمها.

فكلما كان لبعض المصالح الهامة ذاتيتها التي تفردها بخصائص تستقل بها، وتبرز تميزها عن غيرها، فإن تنظيمها بقانون خاص ارد العنوان عليها بجزء يلائمها، لا يكون مخالفا^(٢) للدستور. إذ هو أدخل إلى السياسة التشريعية التي لا يجوز لجهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تخوض في صحتها، ولا أن تجبل بصرها في بواعثها أو حكمها، ولا أن تعدد بنفسها بدلا الفصل من المشرع، وإنما تتحصر مهمتها في أمرين:

أولهما: تقدير الأسس التي أنام المشرع عليها نظم التجريم، وتقييم العقوبة التي ألفدها لكل جريمة من جهة غلوها، أو قسوتها، أو ضرورتها أصلا^(٣).

ثانيهما: ألا تهبط القواعد الإجرائية التي تحيط بالمتهمين الذين يحاكمون عن جرائمهم، عن الحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لهم. وشرط ذلك أن تكون محاكمتهم منصفة لا يمتاز فيها بعض المتهمين على بعض، وإنما يظلم الدستور جميعا بالحماية، ولو كانوا غير

(١) لا يكون توقيع العقوبة واجبا إذا صدر قانون أصح للمتهم.

مواملين، ويشملهم بالتالى افتراض البراءة والحق فى دلع الاتهام - بما فى ذلك مواجهة شهود إبانته- بكافة الوسائل القانونية.

وهذه المحاكمة المنصفة التى خلا للمستور حتى من بيان صورة إجمالية لملاحمها، إلا أن قضاء للمحكمة الدستورية العليا حدد خطوطها الرئيسية فيما جاء به من أن هذه المحاكمة قوامها خصالص النظم التى للزمتها الدول الديمقراطية فى مجال إدارتها للعدالة الجنائية وسبعها لتحقيق مقالباتها، على تقدير أن لكل جريمة أثرا مباشرا يمتثل فى حرمان مرتكبها من الحق فى الحياة والحرية، وقد تجرد من أموال يملكها؛ وأن كل عقوبة تخرج عن المقاييس المعاصرة لمفهوم الجزاء، تتلصق شرط الوسائل القانونية السليمة؛ وأن الأغراض الاجتماعية التى يستهدفها التجريم لا يندرج تحتها حرص الجماعة التى يوجد المتمم بين ظهرانيها، على إرواء عطشها للثأر والانتقام، ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا؛ وأن الإطراط فى التجريم، والمغالاة فى العقوبة، وإن كانا محظورين، إلا أن كل جزء جنائى لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازما لعمل المغاطبين بالنصوص الجنائية، على أن ينتهجوا طريقا سويا، فلا تجد الجريمة مخفلا للثوسهم، ولا يكون ارتكابها -إذا ما عقوا العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها^(١).

بما موده أن كل عقوبة لا يجوز الإطراط فيها، ولا إيهانها بما يجاوز مقاصد التجريم.

كذلك فإن كل عقوبة يتعين وزنها بالنسب لضمنان عدالتها التى لا يكفلها غير تناسبها مع الجريمة وتجردها من قسوتها، فضلا عن إمكان تفريدها، على تقدير أن المذنبين لا يتفقون جميعهم فى ظروفهم، ولا فى ماضيهم، ولا فى نزوعهم إلى الجريمة والإصرار عليها كنمط فى سلوكهم لا يتبدل، فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها.

٦٠٤- ويتعين بالتالى العمل على تحقيق أمرين:

أولهما: أن تحكم للنصوص الجنائية مقاييس صارمة تنطق بها وحدها، ومعايير حادة تلتم مع طبيعتها، ولا تتراحمها فيما سواها من القواعد القانونية.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية كستورية -قاعدة رقم ٢ جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦- ص ٦٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "كستورية" قاعدة رقم ٩ - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - ص ١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ثانيهما: أن يوازن المشرع في مجال الاتهام الجنائي بين ضمان الحرية الشخصية في إطار متطلباتها وبين حق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية. فلا يخل هذا التوازن بمفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة وأصولها وقعا. ومناطق ذلك، أن يكون تحقيق الاتهام موضوعا بأن تجريه عداوية، وخلال مدة معقولة، ووفق قواعد قانونية محددة مسلفا على ضوء ضوابط محايدة في حقيقتها لا في مظهرها، محكمة ينشئها القانون، ولها من استقلالها وحيثتها، ما يكفل نتيبتها من حقيقة الاتهام. وبما يخل بالحد الأدنى من حقوق المتهم المائل أمامها.

ويظل المشرع في إطار هذه المنظومة المتكاملة الأركان بالخيار بين تقرير تنظيم خاص لبعض الجرائم، أو إلحاقها بالقانون العام ليحكمها في كافة مناحيها.

فإذا اختار المشرع أفراد قانون خاص لجرائم بذواتها لها من خصائصها وطبيعتها جزاءاتها، ما يسوغ فصلها عن جرائم القانون العام، كان ذلك مما يستقل بتقديره، وبما لا يخل بالفصل في دستورية نصوص هذا القانون الخاص على ضوء أحكام الدستور^(١).

٦٠٥- وقد حدد قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦١، الجرائم العسكرية حصرا، وبين أنواعها وعقوباتها -الأصلية والتبعية والكميلية- بما يلائم طبيعتها ويكفل تحقيق مفاهيم الردع من خلال الجزاء المقرر على ارتكابها.

ولكن هذا القانون للخاص كذلك، للمحاكم التي تختص بالفصل في هذه الجرائم وإيقاع عقوباتها، وبين درجاتها وطرائق تشكيلها وإجراءاتها، وقوة أحكامها وقواعد إصدارها، وطرق الطعن فيها، والسلطة المختصة بالتصديق عليها، وكيفية تنفيذها، ولتقضاء المبالغ المحكوم بها. كل ذلك ليحيط المشرع بهذه الجرائم في كافة أحكامها.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -قاعدة رقم ٢ جلسة ٦ أيلول ١٩٩٦- ص ٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكامها؛ القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ٩ -جلسة ١٦ أيلول ١٩٩٦- ص ١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابعنظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادربالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦

٦٠٦- يطلق أحد الفقهاء المصريين على هذا القانون قائلا بأن الذين صاغوه، جطوه أكثر تغلفا من كثير من القوانين القائمة في التنظيم المقارن. فلم يستند هذا القانون من ذلك التنظيم، وإنما جعل تشكيل المحاكم العسكرية مقصورا على العسكريين، ولو كانوا غير حائزين لإجازة الحقوق التي لم تشترط في غير المدعى العام، ومدير الإدارة العامة للقضاء العسكري، كضمان لحسن توليهم المهام التي يقومون عليها، وهي من طبيعة قضائية.

ولم يجر قانون الأحكام العسكرية الطعن أمام محاكم القانون العام في أحكام المحاكم التي شكلها، وأعطى الضابط المصدق عليها، سلطة كاملة تصل إلى حد تحويل بنيتها.

ولم يحقق المشروع بذلك وحدة القضاء بين المدنيين والعسكريين، بينما كان له حظ السبق على الدول العربية في إلغاء القضاء الطائفي بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وإدماج محاكم الأحوال الشخصية في المحاكم المدنية^(١).

(١) د. محمود محمود مصطفى - الجرائم العسكرية في القانون المقارن - الجزء الأول - ص ٢٨ من الطبعة الأولى ١٩٧١.

المبحث الخامس

جلب المدنيين إلى المحاكم العسكرية

٦٠٧- وي زيد الأمر سوءاً، أن نص للمادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية تقرر أحكاماً تخرج بها للنظم العسكرية عن طبيعتها. ذلك أنها تخول رئيس الجمهورية سلطة متراصة في مداها، تصير بها للنظم العسكرية هي الأصل في العلاقة بين السلطة العسكرية والمدنيين، رغم ما هو مقرر قانوناً من أن الجرائم التي تشكلها هذه النظم، لها طبيعتها الاستثنائية بالنظر إلى خروجها في مفهومها وأحكامها على جرائم القانون العام، وأن طبيعتها الاستثنائية هذه تقتضي تفسيرها في حدود ضيقة، سواء من جهة مضمونها، أو مخاطبين بها.

وتظهر هذه المخالفة من قراءة المادة ٦ المشار إليها، التي لا تخول فقط رئيس الجمهورية بمقتضى فقرتها الأولى أن يحل إلى المحاكم العسكرية الجرائم التي تخرجه بأمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج، وما يرتبط بها من الجرائم، ولكن فقرتها الثانية تخلط كذلك بين مجال تطبيق قانون الأحكام العسكرية وقانون الطوارئ، وهما مجالان منفصلان أصلاً، وعلى الأخص لأن حالة الطوارئ موقوفة بطبيعتها، ولها أسبابها وجرائمها التي تفصل بينها محاكم أمن الدولة التي نظمها القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

ولكن نص. الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، استبدل المحاكم العسكرية بمحاكم أمن الدولة، واقتصر الأولى بالنظر في كل جريمة أُلحِقَ قانون العقوبات أو أي قانون آخر إذا أحالها إليها رئيس الجمهورية إثر إعلان حالة الطوارئ.

٦٠٨- وقد نُظر تطبيق الفقرة الثانية المشار إليها جدلاً كبيراً حول حقيقة المقصود بها.

ومن ثم عرض طلب تفسيرها تفسيراً تشريعياً على المحكمة الدستورية العليا، التي جله بقرارها الصادر في هذا الطلب <لأن عبارة أي من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، يقصد بها الجرائم المحددة بنوعها تحديداً مجرداً، وكذلك الجرائم المحينة بنوعها بعد ارتكابها فعلاً>.

وقد قام قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعايم الآتي بيانها:

أولاً: أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، مؤداه ألا تنصرف عبارتها بما يخرجها عن معناها، أو يفصلها عن سياقها أو بما يناقض الأغراض المقصودة منها.

ثانياً: أنه إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الشمول والاستغراق، صار منصرفاً إلى كافة الأفراد بغير حصر لهم. ومن ثم كان العام دالاً على للشمول والاستغراق، ولا يخصص بغير دليل. وإلا كان ذلك تأويلاً غير مقبول. ويتمين بالتالي حمل كل نص تشريعي أفرغ في صيغة عامة، على معنى الاستغراق، حتى يقوم الدليل جلياً على تخصيصها. وإذا كان لرئيس الجمهورية بمقتضى الفقرة الثانية محل التفسير، أن يحيل إلى المحاكم العسكرية أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، وكانت عبارة "أية جريمة" تدل بعمومها دون تخصيص، وإطلاقها دون تقييد، على اتساعها لكل جريمة يقرر رئيس الجمهورية إحالتها إلى القضاء العسكري، فإن قصر سلطته في ذلك على الجرائم قبل ارتكابها -التي يحددها بالنظر إلى نوعها- دون غيرها من الجرائم التي يعينها بذواتها بعد وقوعها، يكون غير صحيح قانوناً.

ثالثاً: إذ يقرر رئيس الجمهورية -وفقاً للفقرة الثانية من المادة [٦]- إحالة جريمة أو جرائم بذواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها، ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، فإنه بذلك يزن كل حالة على حدة بما يناسبها، ويقرر الإحالة أو بغض بصره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدولاً عليها، أو يخل بحرياتهم أحرافاً عن ضماناتها.

رابعاً: أن انطباق نص الفقرة الثانية -محل التفسير- على جريمة بذاتها تتحدد لأحدها ودرجة خطورتها بعد ارتكابها، أولى من سريانها على جرائم يحددها رئيس الجمهورية بالنظر إلى نوعها، فلا يكون إدراجها في قائمة تحصيلها، دالاً على ظروفها الشخصية، ولا كائناً عن الأراضاع التي تلاعبها.

خامساً: أن إعمال هذه المحكمة لسلطانها في مجال التفسير التشريعي المنصوص عليها في المادة ٢٦ من قانونها، يقتضيها ألا تحل نفسها عن إرادة المشرع. بل عليها أن تستظهرها وفوقاً على كنهها، مستعينة في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيراً تشريعياً، وكذلك بالأعمال التحضيرية التي سبقها أو عاصرتها.

وتنتزع الأعمال التحضيرية للفقرة الثانية لهذا النص بأن إحالة قضايا معينة مما يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها.

سائماً: أن الطبيعة الاستثنائية لنص تشريعي معين، لا تنفي -في مجال تفسيره- وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانون هذه المحكمة- إهدار إرادة المشرع، أو الإعراض عن المقاصد التي لبثناها من وراء تقريره.

٦٠٩- وقد أثار هذا التفسير خلطاً كبيراً بين حقيقة مضمونه من جهة، ودموريته من جهة ثانية.

ومرد هذا الخلط، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً لا يزيد على مجرد استخلاص إرادة المشرع في شأنها، شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في ذلك، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية إذا تبين لها خفاء بعض النصوص القانونية التي أقرتها والتباسها بالتالي على القائمين على تطبيقها^(١). فالتفسير التشريعي في هاتين الحالتين، يتم بعدد من الخصائص أهمها.

١. أن هذا التفسير ليس بخصومة قضائية تمكن بذاتها حدة التماس بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضمائمها وعن طريق القضاء إنفراداً.

٢. أنه فيما خلا الشروط التي قد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي -كذلك التي تنطبق بأهمية للنصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضي تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمداولها- فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها بالتفسير التشريعي تحريفاً للنصوص القانونية أو تحويراً لمقاصدها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير

(١) انظر في ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٨ قضائية "تفسير" جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٣- من ٣٨٤ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا بدت تفسيرها للنص المطلوب تفسيره في الطلب المرفوع إليها بذلك، عادت إلى الفصل في دستورية هذا النص، وانتهت إلى رفض الطعن بعدم دستوريته، بما يفيد أنه أياً كان مضمون النص -رسواه حده المشرع أو حدته المحكمة الدستورية العليا من خلال سلطاتها في التفسير التشريعي- فإن الطعن في تطبيق هذا المضمون مع الدستور، يظل اختصاصاً ثابتاً للمحكمة الدستورية؛ انظر في ذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "مستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ - قاعدة رقم ٤٢- من ٣٥١ من الجزء الرابع. وبهذا بحثت المحكمة ما إذا كان النص الذي سبق لها تفسيره تفسيراً تشريعياً، يعد مخالفاً أو موافقاً للدستور.

الحقوق المدعى بها أو نفيها؛ وإن لم يتوخ هذا التفسير مجرد توحيد دلالة النصوص القانونية المضطربة معانيها، حتى يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها، فلا تتحد تأويلاتها:

٣. وإذا تحدد المحكمة الدستورية العليا من خلال التفسير التشريعي دلالة النصوص القانونية التي تفسرها، وكان قرارها بالتفسير يندمج في هذه النصوص؛ ويرتد إلى تاريخ العمل بها؛ فلا ينفصل عنها؛ وإنما يصير جزءاً منها؛ فإن تحرير قرار التفسير من خلال إعادة النظر فيه أو عن طريق إدخال عناصر جديدة عليه، يكون محظوراً، ذلك أن قرار التفسير يعتبر ملزماً لكل سلطة وللناس جميعهم.

٤. وإذا كان من المقرر قانوناً ألا تفسر النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً بما يمسها، أو يفصلها عن موضوعها، أو يحجزها عن تحقيق الأغراض المقصودة منها؛ على تقدير أن المعالي التي تكل عليها النصوص -والتي لا يجوز تحريفها- هي التي تصح عن حقيقة محتواها، وتكل على ما قصده المشرع منها، فقد صار أمراً مقضياً تقرير حقيقة قانونية مفادها أن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يستهض طلباً ضمنياً بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور. ذلك أن طلب التفسير الذي يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانونها، لا يخولها غير استفتاء أو إرادة المشرع التي حمل عليها النصوص القانونية محل التفسير. وهي تستخلص هذه الإرادة بخير تقييم منها لأوجه اتفاق هذه النصوص في معارضتها للدستور؛ وإلا لتطلى تلك النصوص دلالتها وفق ما ابتغاه المشرع منها، سواء عهد المشرع بإقرارها مخالفة الدستور أو تفيد بأحكامه، ومواء كان موقفه منها مجالها الحق أو ملتزماً به، محليداً أو ملتوياً^(١).

بما مواء أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يعطل، أو يفقد سلطتها في مجال الفصل في دستورية هذه النصوص ذاتها.

(١) انظر في ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ٢١/١٠/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢-ص ٨٢١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ذلك أن التفسير التشريعي لتلك النصوص، لا يحدد غير مضامينها على ضوء إرادة المشرع ووفق مقاصده منها، وتحديد فحواها وأغراضها على هذا النحو، غير ثقافتها أو مخالفتها للدستور. فالأمران مختلفان، بل هما تقيضان^(١).

وعلينا بالتالي أن نقرر، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يطهرها، لا من مثالبها الشكلية، ولا من عيوبها الموضوعية. وإنما يظل عوار مخالفتها للدستور كاملاً فيها، لا يتحول عنها.

ويظل بالتالي مطروحاً أمام المحكمة الدستورية العليا، أمر الفصل في دستورية لفقرة الثانية من المادة ٦ قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠.

٦١- والحقيقة القانونية التي لا نزاع فيها، هي مخالفة هذه الفقرة للدستور. وهي حقيقة لا ينال منها أعضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية من أن الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يرتبط تطبيقها بإعلان حالة الطوارئ الموقوتة بطبيعتها؛ وأن رئيس الجمهورية إذ يحيل إلى المحاكم العسكرية، جرائم القتلون العام المنصوص عليها فيها؛ فلن قراره في ذلك يكون مجرد أداة لتنفيذ حكم هذه الفقرة التي لا ينتقص تطبيقها من الاختصاص المقرر قانوناً لمحاكم القانون العام بالفصل في هذه الجرائم ذاتها، ما دام هذا الاختصاص مخولاً كذلك للمحاكم العسكرية بنص له قوة القانون على ما تقدم؛ وطالما كان إصالح رئيس الجمهورية لسلطة الإحالة، إنما يتم تنفيذاً لهذا النص^٢.

(١) وخير شاهد على ما تقدم، ما تم في الطلب رقم ٢ لسنة ٨ قضائية، الذي قدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ تفسيراً تشريعياً. وما أن صدر هذا التفسير، حتى نعى المدعى في الدعوى الدستورية رقم ٢٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، على هذه المادة ذاتها، مخالفتها للدستور. وقد قضى بقبول هذا الطعن شكلاً وبرأيه موضوعاً. ولو كان التفسير التشريعي لنص المادة المطعون عليها في هذه القضية حائلاً دون تجربتها على أساس مخالفتها للدستور، لقضى بعدم قبول هذه الخصومة لاتصالها بالمحكمة الدستورية العليا بالمخالفة لأوضاع المقررة أسلفاً. القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ -قاعدة رقم ٤٢- ص ٣٥١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر الحكم في هذه الدعوى من المحكمة العليا -الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا- في ٣ أبريل ١٩٧٦، ونشر في صفحة ٤٥٦ وما بعدها من الجزء الأول (مجموعة الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية) من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها في ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦.

وظاهر مما تقدم، أن المحكمة العليا في القضية رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية؛ لم تناقش السلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية - عند إعلان حالة الطوارئ - كافة جرائم القانون العام إلى المحاكم العسكرية، إلا من زاوية بعينها، هي أنها مجرد أداة لتنفيذ نص قائم في قانون مصول به.

ولم تخض بذلك في مضمون هذه السلطة، أو نطاقها، أو في الآثار القانونية التي ترتبها، لتفصل في اتفاقها أو تعارضها من الدستور.

ومن ثم يكون حكمها مقصوراً على دائرة ضيقة، هي تلك التي تتعلق بالسلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، الجرائم المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة {٦} أنفة البيان. ومن ثم تتعلق هذه السلطة بنطاق اختصاص رئيس الجمهورية في شأن هذه الجرائم.

٦١١- وإذا كان الفصل في الاختصاص - وجوداً أو انقضاء - هو فصل في مطاع شكلية، وكان من المقرر في المطاع الشكلية، أنها لا تسقط المطاع الموضوعية، ولا تجبها، ولكنها تنقضيها؛ فإن قضاء المحكمة العليا في شأن الاختصاص المقرر لرئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، لا يعطل ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التحقق من اتفاق السلطة التي يباشرها رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها، مع نصوص للدستور في مادتها أو موضوعها.

فلذا استقام ما تقدم صحيحاً في الأذهان، وقام على سند من القانون، تحين أن تتحدد دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، من منظور النقاط الآتية بيانها:

١. أن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات - والتي يجوز لرئيس الجمهورية أن يحيلها إلى المحاكم العسكرية عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها - هي جرائم القانون العام، إذ هو إطارها والدائرة المنطقية لتنظيمها.

وإذا تخول الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، رئيس الجمهورية سلطة إحالتها كلها أو بعضها إلى غير قاضيتها الطبيعي، ممثلاً في المحاكم العسكرية، التي تتولى وحدها الفصل فيها بمجرد إحالتها إليها؛ فإن اختصاص هذه المحاكم بتحويل من الدائرة المحدودة التي ينبغى أن ينحصر فيها، إلى اختصاص شامل يُحوّل حول الجرائم جميعها، ويسمعا في كل أحوالها

وأوعاها، بما يقوم تلك المحاكم كجهة قضائية وحيدة تفصل في كافة الجرائم المحالة إليها، وذلك إما كان موضوعها، أو أشخاص مرتكبها.

٢. أن تحويل رئيس الجمهورية الحق في أن يحل ما يراه من الجرائم إلى غير قضائتها الطبيعيين، يجعل في ثأياه مخاطر إساءة استعمال السلطة، ويقوض كذلك قواعد الاختصاص التي يحدد المشرع بموجبها لكل هيئة قضائية ولايتها. ذلك أن الأصل هو ألا تتدخل ولايتان قضائيتان، ولا أن تتزاحما في موضوع واحد، ولا أن تنتزع جهة قضائية ولاية لئيتها المشرع لغورها، وإلا كان ذلك عدواً على استقلالها.

٣. غير صحيح ما قررته المحكمة العليا من أن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ المشرع إليها، يبقى محاكم القانون العام إلى جوار المحاكم العسكرية، ويجعل اختصاصهما بنظر جرائم القانون العام المنصوص عليها في هذه الفقرة، مشتركاً. غير صحيح ما تقدم. ذلك أن رئيس الجمهورية إذ يحل هذه الجرائم كلها أو بعضها إلى المحاكم العسكرية، فذلك لاختصاصها بها، بما يجعل الفصل فيها مقصوداً عليها.

ومن غير المتصور كذلك أن تتعامل ولايتان على محل واحد.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بإحالة الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ إلى المحاكم العسكرية، ليس مجرد أداة لتنفيذ حكمها. بل إسباغ لاختصاص نظر هذه الجرائم على تلك المحاكم. فلا يكون نقل هذا الاختصاص إليها، غير ولاية جديدة ومبتدأه يخلمها رئيس الجمهورية عليها، كي تباشرها بنفسها، وتحجزها لحسابها.

ولا كذلك سلطة التنفيذ التي تقتصر مجال إعمالها على تفصيل أحكام أجهلتها القوانين القائمة، بما ليس فيه من تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها.

٥. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، تفصل بولاية قضائية قائمة، وتنقل بعض جوانبها إلى جهة غيرها. وهو بذلك ينشئها للجهة الجديدة، ويقيما عليها ويختصمها بها من خلال سلطة تقديرية مطلقة تتناقض مبدأ الفصل للقانون بما يقوم عليه من نبيذ كل أشكال التحكم على اختلاقتها.

٦. أن حالة الطوارئ في مصر، والتي يرتبط إعلانها باستعمال رئيس الجمهورية للسلطة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ أنفة البيان، تكاد أن تكون حالة دائمة يتحول بها اختصاص رئيس الجمهورية في نطقها، إلى سلطة لا انقطاع لها تتعدد بدايتها

بقرار رئيس الجمهورية إعلان الحالة الطارئة. وهي حالة قلماً يذهبها لا هو، ولا السلطة التشريعية التي يلجأ إليها لمدتها. فلا يكون دولم تلك الحالة غير الأصل فيها.

٧. لقول بأن للنظم العسكرية لها من إجراءاتها في التحقيق والمحاكمة ما يكفل سرعتها، ويدعم الأغراض المقصودة منها، مردود بأن الحق في التقاضي ومساكنه وضماناته التي لا يجوز الإخلال بها. وكثيراً ما يكون عامل السرعة مدخلاً إلى محاكمة مختصرة في إجراءاتها، بما يناقض حقائق الحل التي لا يجوز التهورين منها. فضلاً عن أن الأصل في كل قاعدة إجرائية، أن يرتبط تطبيقها بمبرراتها المنطقية؛ وبسلامتها لضمان حقوق أفضل للمتهمين جميعهم؛ وبكاملها مع غيرها من القواعد الإجرائية والموضوعية، لتقيم في مجموعها البديان المقبول للنظم القضائية جميعها، والجنائية منها على الأخص، بحكم اتصالها المباشر بالحرية للشخصية.

٨. أن تحرير النظم القضائية القائمة من خلال نقل جرائم القانون العام من الجهة التي تختص أصلاً بنظرها، إلى المحاكم العسكرية التي لها من جهاتها، وأوضاع تشكيل قضائتها، وقسوتها، وإجراءاتها التحكيمية، وضماناتها المباشرة، ما يحيط بالمحاكمة الجنائية أمامها بمخاطر كبيرة قلماً ينجر المتهمون منها، وتخرج بها عن صميم منهاجها.

٩. أن المواطنين الذين ينتزعون من قضائهم الطبيعيين، يراجعون ميل المحاكم العسكرية إلى التضييق من ضماناتهم القضائية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحق في اختيار محامين يساندونهم في كافة مراحل التحقيق، وينهبونهم إلى كيفية تصرفهم أثناء جريانه؛ ويبصرونهم بحقيقة الأكلة المتوفرة ضدهم وما يليني أن يقدم من الأوراق والشهود لدحضها.

وحتى مع وجود هذه الضمانة، فإن المحامين كثيراً ما يردون عنها من خلال الأجال القصيرة التي يؤذن لهم فيها بقراءة أوراق التحقيق.

٦١٢- ومن هذه الزلوية، كان حرص المحكمة الدستورية العليا على أن تضمن قرارها الصادر في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية، العبارة الآتي نصها:

"إن رئيس الجمهورية إذ يحل- وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية- جريمة بعينها أو جرائم بذواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها ودرجة خطورتها، سواء في موضوعها أو بالنظر إلى مرتكبيها، فإنما يزن كل حالة على حده بما يناسبها، ويقرر إحالتها أو بغض نظره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة

العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عنواناً عليها، أو يخشل بحرياتهم الحرة عن ضماناتها^(١).

وهذه الوثيقة التي أوردتها المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير المذكور، وإن لم يكن لها شأن باستخلاص إرادة المشرع وقوا على كلتها، لتحدد على ضوءها مضمون النصوص القانونية محل التفسير، إلا أن المحكمة الدستورية العليا ما سطرتها لهواً، ولكنها قصدها لتدعو رئيس الجمهورية إلى ما يأتي: ما ينبغي أن يأخذ في حسابه عند إصدار الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها.

أولاً: أن يحل إلى المحاكم العسكرية، الجريمة أو الجرائم التي يقرر خطورتها بعد إعلان حالة الطوارئ، على ضوء مقاييس موضوعية يستخلص بها الحقائق المواتية جميعها، ويوازن منهجياً بين كافة عناصرها، لينخل كافة مكوناتها في اعتباره.

ثانياً: أن يكون دافعه إلى إحالة الجريمة أو الجرائم التي يعينها على ضوء خصائصها، منحصراً في المصلحة العامة في درجاتها العليا، وبما لا يخلل فيه حقوق المواطنين انتهاكاً لها، أو بحرياتهم الحرة عنها.

ثالثاً: أن تقدر المشرع لضوابط الولاية التي يعطى على ضوءها لكل جهة قضائية نصيبها من القضايا التي يخصها بها، ويكلفها الفصل فيها؛ غير تقدير رئيس الجمهورية لتحديد قواعد هذه الولاية بما يحل من نطاقها أو يخرجها عن طبيعتها.

ذلك أن التقدير في الحالة الأولى لا يكون أصلاً إلا موضوعياً، بينما توجهه العوامل الشخصية في الصورة الثانية، وهي عوامل كثيراً ما تقود إلى التعكم.

رابعاً: ولئن كان الدستور قد فوض المشرع في أن يحدد للنظم العسكرية ملامحها التي يندرج تحتها نطاق مبرراتها، وصلتها بالخاضعين لها، وحقوقهم قبلها، وأنماط الجرائم التي تولجها بما يحيط بأركانها وبأجزاء عليها؛ وكان ما يترخاه المشرع من هذا التنظيم، هو أن تكتمل عناصره جميعها؛ إلا أن القواعد التي يقوم عليها، والقيم الأيدلوجية التي يصدر عنها، لا يجوز أن تخل بالحرية الشخصية في غير ضرورة، ولا بحقائق العدل في متطلباتها الأمر. وأخصها أن المدينين يخرجون أصلاً عن النظم العسكرية، فلا تشملهم مفرداتها، ولا الأغراض التي تستهدفها؛ إذ هم غرباء عنها، فلا تجوز ملاحقتهم بها، أو إخضاعهم لها.

(١) ص ٤٢٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

خامساً: أن الذين يجلبون إلى المحاكم العسكرية هم الذين يرتبطون حقيقة بالنظم العسكرية، فإذا لم تكن لهم صلة بها، أو قام الدليل على انقطاع هذه الصلة بعد ميق تولفها، لم يعد لتطبيق هذه النظم عليهم من محل^(١).

سادساً: وما قرره في شأن ما يحوله رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية من الجرائم عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، بصديق كذلك -ريالقة ذاتها- على فقرتها الأولى التي تقرر سريان قانون الأحكام العسكرية على الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وما يرتبط بها من جرائم، إذا أحالها رئيس الجمهورية إلى القضاء العسكري.

ذلك أن هاتين الفقرتين، وإن اختلفتا في أن فقرتها الأولى لا تخول رئيس الجمهورية غير إحالة جرائم أمن الدولة -دون غيرها- إلى المحاكم العسكرية، ولا تقوده في ذلك بزمان دون آخر، وكانت فقرتها الثانية تجعل من حالة الطوارئ قيداً زمنياً على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطته في إحالة جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها إلى هذه المحاكم، إلا أن هاتين الفقرتين تتفقان في تحويلهما رئيس الجمهورية سلطة إخراج بعض الجرائم من دائرة القانون العام، ليحول جنايتها إلى المحاكم العسكرية التي تخضعهم لنظمها.

ولئن جاز القول بأن للجرائم التي تخر باًمن الدولة -داخلياً أو خارجياً- خطرها، إلا أن مجرد خطورة الجريمة لا يربطها بالنظم العسكرية، التي تفترض إخلالاً مباشراً بالركائز التي تقوم هذه النظم عليها، وبالمصالح التي تحميها، والتي لا يندرج تحتها جرائم يحكمها القانون العام.

ولئن جاز أن تنظم قوانين خاصة جانباً من جرائم القانون العام بما يجعلها ملحقة بهذا القانون أو مكملة لأحكامه، فلا تنفصل عن إطاره؛ إلا أن النظم العسكرية لها خصائصها المستقلة التي تخرجها في كثير من أجزائها عن ضوابط القانون العام، فلا تمل في إطار المفاهيم التي يحضنها هذا القانون. وإنما تكون لهذه النظم ذاتيتها وقواعدها الاستثنائية التي يتعين أن ينحصر تطبيقها في حدود ضيقة ترتبط عقلاً بأهدافها.

سابعاً: وكلما أقرط المشرع في تحديد دائرة للجرائم التي تشملها النظم العسكرية، كان ذلك انحرافاً من المشرع عن حقيقة الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها، وتحويراً لهذه النظم من

(١) Toth v. Quarles 350 U.S. 11 (1955).

طبيعتها الاستثنائية، إلى أصل يهيمن على الجرائم في كثير من صورها، حتى تلك التي تدخل في المجال الطبيعى لدائرة القانون العام، وهو ما لا يجوز أو يختلج^(١).

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ١١ قضائية "تزرع" المحكوم فيها بجلسة ٤ مايو سنة ١٩٩١ ما يأتى:

"من المقرر- عملاً بالمادة الخامسة عشر من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢- أن القضاء العادى هو الأصل، والمحاكم العادية هي المختصة بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن أفعال مكونة لجريمة وفقاً لقانون العقوبات -وهو القانون العام- لياً كان شخص مرتكبها. فى حين أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائى استثنائى، يتطلبه إما شخص مرتكبها على أساس صفة معينة توافرت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون".

أنظر فى ذلك ص ٥٨٨ من الجزء الرابع من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

المبحث السادس المخاطبون بالنظم العسكرية

٦١٣- يتحدد اختصاص المحاكم العسكرية من جهتين:

أولاهما: خصائص الجرائم التي ينبغي أن تدخل في ولايتها من جهة، و**ثانيتهما:** صفة مرتكبيها.

ذلك أن هذه المحاكم لا تنتظر إلا في جرائم عسكرية بطبيعتها، كالجرائم المرتبطة بالعدو؛ وجرائم العصيان؛ وجرائم تعطيل أسلحة القوات المسلحة ومعداتها، أو إتلافها أو تهيبها؛ وجرائم الإعتداء على القادة والرؤساء؛ وجرائم إساءة استعمال الملطعة والامتناع عن التقيد بالأوامر وإطاعتها.

ولا شأن لتلك المحاكم كذلك بجرائم أتاها أشخاص لا تفضعهم النظم العسكرية لأحكامها، أي كانت طبيعة هذه الجرائم أو خصائصها.

٦١٤- وقد عرض قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لهاتين الزاويتين، وذلك بأن بين الجرائم العسكرية، وحدد أركانها في المواد من ١٣٠ إلى ١٦٧ من هذا القانون، وعين المخاطبين بأحكامه في المواد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٨ مكرراً؛ وإن كانت مادته الرابعة هي التي تحدد بطريقة أعرض وأشمل، المخاطبين بالنظم العسكرية، إذ جاء نصها معرفاً بهم على النحو الآتي:

١. ضباط القوات المسلحة الرئيسية والفرعية والإضافية.

٢. ضباط صفها وجنودها عموماً.

٣. طلبة المدارس والمعاهد والكليات العسكرية، والمراكز التدريبية المهنية.

٤. المأسورين في الحروب.

٥. أية قوات عسكرية بأمر رئيس الجمهورية بتشكيلها ويمهد إليها بأداء خدمة عامة أو خاصة أو وقتية.

٦. عسكريو القوات الحليفة والملحقون بهم، إذا كانوا يقيمون في إقليم الجمهورية، ما لم .
نقض معاهدة أو اتفاقية خاصة أو دولية بغير ذلك.

٧. الملحقون بالمعسكريين أثناء خدمة الميدان، وهم كل مدنى يعمل فى وزارة الحربية،
أو فى خدمة القوات المسلحة بأية صورة.

٦١٥- وهذا النفر من المشمولين بقانون الأحكام العسكرية، يمثلون أكثر المخطئين به
عددا. ومنهم من يعتبر أصيلاً فى القوات المسلحة، متولياً وظيفة دائمة بها، كالضباط الذين
يلحقون بأفرعها المختلفة، ويعتبرون من كوادرها بعد تخرجهم من كلياتهم أو معاهدهم
العسكرية، ومنهم من يرقى إلى مرتبة القادة الذين يخططون لعملياتها الحربية ويديرونها. وإلى
جانبيهم فى القوات المسلحة، يأتي متباط صفها، الذين يديرون جنودها ويشرفون عليهم بصفة
مباشرة.

ثم تأتي القاعدة الأعرض للقوات المسلحة. وهؤلاء هم جنودها الذين ينترجون فى
صفوفها لاستيفاء خدمتهم الإلزامية بها للمدة التى يحددها المشرع. ومن ثم تؤول خدمتهم هذه
إلى زوال بعد انتهاء زمنها. وهم ينقلون بعد انقضائها إلى الاحتياط، ما لم تسحبهم القوات
المسلحة من جديد لخدمتها فى أغراض شتى يندرج تحتها تطوير تدريبهم؛ أو استكمال عناصر
وحداتها، أو تعبئتهم للقتال؛ أو حشدهم عند إعلان حالة الطوارئ.

ويلحق بهؤلاء وهؤلاء:

٨. كل قوة مسلحة يشكلها رئيس الجمهورية ويكلفها بعمل معين، ولو لزمان محدود، كما
لو بثها للقضاء على تمرد أو عصيان دغلى شديد الخطر.

٩. كل قوة مسلحة تأتي من دولة أجنبية لتقيم فى مصر بوصفها قوة حليفة تتظاهر
جيشها، وتقدم عونها لدعم جهود الحربية، وكذلك المدنيين الذين يلحقون بها.

وتنظم المعاهدة أو الاتفاقية الدولية أو الخاصة أوضاع القوة الأجنبية الموجودة فى
مصر، وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسئولية الشخصية لأفرادها عن الجرائم التى يرتكبونها فى

إليهما؛ وإن كان الأصل هو محاسبتهم عنها أمام السلطة الإقليمية، ما لم تفهم المعاهدة صراحة من الخضوع لها^(١).

١٠. المدنيون أثناء خدمة الميدان، سواء أعادوا قواتهم المسلحة بطريق غير مباشر من خلال عملهم لحسابها في وزارة الدفاع؛ لم كانوا من المرتفقين لها الذين يسهمون بطريق مباشر في عملياتها الحربية. كالأطباء الذين يعيدون جرحاها ومرضاها، والمهندسين الذين يصبون لها المعابر التي تحتلها.

ذلك أن هؤلاء هؤلاء، يسلطون قواتهم المسلحة أو يعايشونها من خلال أعمال يؤدونها لمصلحتها.

١١. أسرى الحرب^(٢) هؤلاء تنظم لوضعهم اتفاقية جنيف في ١٢/٨/١٩٤٨ بشأن قواعد معاملتهم، والتي تعتبر مصر طرفا فيها، وتتقيد بالتالي بأحكامها التي تقوم في جوهرها على ما يأتي:

(١) وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لنزاع يتعلق بدستورية اتفاقية تنظيم إقامة الجيوش العربية في البلد الذي ترضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، التي ولق عليها مجلس الدفاع المشترك في جلسة جامعة الدول العربية في ١١ سبتمبر ١٩٦٥، والتي ترضى بخضوع أعضاء القوات الحليفة أصلا للولاية المطلقة لتدابيرهم الوطني بالنسبة للجرائم التي يرتكبوها على إقليم الدولة المضيفة، وبعدم خضوعهم لولاية القضاء المدني، أو لاية إجراءات أخرى في هذه الدولة؛ وبأن تقتصر بالفضل في المنازعات التي تنشأ بينهم وبين الغير حول الالتزامات التعاقدية أو حول الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الأموال - بصفة عامة - هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية.

وكان مبنى الطعن عليها بعدم الدستورية، حجبها القضاء المصري عن نظر كافة المنازعات التي تنشأ بين القوات الحليفة والمصريين. وقد ردت المحكمة على هذا الطعن بقولها بأن هذه الاتفاقية أبرمت - في إطار جامعة الدول العربية - تنظيما لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول، وذلك بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية، وما يقتضيه ذلك من تنظيم إقامة هذه القوات في البلد الذي ترضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه. وبأن وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجي، فإنها تد من المسائل المتصلة بملاكتها الدولية، وتقتضيها السيادة العليا للبلاد، وتلتزم ضمن أعمال السيادة التي ينبغي أن تتحصر عنها الرقابة القضائية الدستورية. ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى.

إنظر في ذلك القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) تنص المادة الثانية من القانون الأمريكي الموحد للعدالة الجنائية Uniform Code of Military Justice على أن يتأخر المحاكم العسكرية ولايتها على الأشخاص الخاضعين لهذا القانون، ومن بينهم - وعلى ما ورد في البند ٩ من هذه المادة، أسرى الحرب المحتجزون لدى القوات المسلحة.

Prisoners of war in custody of the armed forces.

أولاً: أن تراعى الدولة الحاجة فيما تتخذه قبلهم من تدابير قضائية أو تأديبية -وعلى ما نص عليه المادة ٨٣ من الاتفاقية- أكبر قدر من التسامح، ويشترط أن تتقدم إجراءاتها التأديبية قراراتها القضائية، كلما كان ذلك ممكناً.

وهم يحاكمون -وعلا بنص المادة ٨٤ من هذه الاتفاقية- عن جرائمهم أمام المحاكم العسكرية للدولة الحاجة، ما لم ترخص تشريعاتها لأفراد قواتها المسلحة بالمثول أمام محاكمها المدنية عن الجرائم ذاتها التي يلاحق أسير الحرب قضائياً بسببها.

ثانياً: أن تتوافر دوماً في المحكمة العسكرية التي تحاسبهم عن الجرائم التي يرتكبونها، ضمانات استقلالها وحيثتها، ودون إخلال بحقوق ووسائل الدفاع المنصوص عليها في المادة ١٠٥ من الاتفاقية المذكورة.

ثالثاً: أن تراعى محاكم الدولة الحاجة عند تحديد العقوبة -لأبعد حد ممكن- أن المتهم ليس من رعاياها، وغير ملزم بالتألي بالولاء لها.

٦١٦- وقد ألحق قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، طلبية المدارس والكلليات الحربية، وكذلك طلبية المراكز المهنية للتدريبية، بالسكربين. وهو ما نحوه محل نظر.

ذلك أن هؤلاء لا يعتبرون من ضباط القوات المسلحة إلا بعد تخرجهم من هذه المعاهد أو المراكز. ويبقون من الطلبة طوال مدة دراستهم التي قد يتمونها، أو تقصر جهودهم عن الانتهاء منها. ولا يختلفون بالتالي في مراكزهم القانونية عن طلبية المعاهد العلمية المدنية التي تقابل كلياتهم ومعاهدهم.

وليس من شأن طبيعة برامجهم التعليمية واختلافها في نوعها عما يتلقاه الطلبة في المعاهد المدنية النظرية، أن تميز بين هؤلاء وهؤلاء في نوع أو نطاق الولاية القضائية التي يخضعون لها. ذلك أن محاكم القانون العام هي التي تشملهم بولايتها وتبسطها عليهم.

وهو ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية^(١) التي يبين من تقريراتها ما يأتي:

(١) صدر هذا الحكم في ٩/٩/٢٠٠٠ وقد نشر في ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً : أن طلبية الكليات والمعاهد العسكرية لا يندرجون قبل تخرجهم منها ضمن الضباط العاملين في القوات المسلحة.

ثانياً : أن منازعاتهم التي تتوخى إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة في شأنهم عن مجالس هذه الكليات والمعاهد، تدخل أصلاً في اختصاص محاكم مجلس الدولة باعتباره قاضى القانون العام في المنازعات الإدارية والتأديبية على ما تنص عليه المادة ١٧٢ من الدستور.

ثالثاً : أن نقل الولاية القضائية من قاضيهما الطبيعي، لا يجوز إلا في أحوال استثنائية تكون للضرورة الملحة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -في أوتق روابطها- مقطوعاً بها؛ ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها.

رابعاً : أن طلبية المعاهد والكليات العسكرية لا يختلفون في مراكزهم القانونية عن طلبية المعاهد المدنية التابعة لوزارة التعليم العالي. ولا يجوز بالتالى نقل الولاية القضائية في شأن منازعاتهم الإدارية من محاكم مجلس الدولة إلى جهة غيرها.

٦١٧- ويظل ثابتاً مريان النظم العسكرية في شأن الأشخاص الذين يشكلون وحدة منظمة في القوات المسلحة بما يلحقهم بها ويحيطهم من أفرادها، شأن هؤلاء شأن الذين ينتظرون خروجهم منها بعد انتهاء خدمتهم الإلزامية فيها؛ وشأن المتطوعين في القوات المسلحة منذ قبولهم بها؛ وكذلك الذين تطلبهم للعمل فيها منذ طلبهم؛ والذين يستدعون قانوناً للاختراط فيها منذ دعوتهم ووفقاً لشروطها؛ والذين ما زلوا في فترة الاختبار بها قبل تثبيتهم فيها؛ والمودعين في سجونها تنفيذاً لعقوبة محكوم عليهم بها؛ والمأسورين في عملياتها الحربية طوال مدة احتجازهم لديها؛ والذين يصحبونها إلى قاعدة حربية فوماً وراء حدود الولاية الوطنية أو يوجدون في محيط هذه القواعد؛ سواء استأجرتها القوات المسلحة بمقتضى معاهدة دولية، أو احتجزتها لنفسها بالقوة من خلال سيطرتها عليها.

المبحث السابع خصائص النظم العسكرية وأهدافها

٦١٨- تحدد النظم العسكرية، الأشخاص الذين تشملهم بأحكامها، وتعتبرهم من العسكريين الذين لا يحكمون وفقاً لهذه النظم إلا عن جرائم بنواتها لها خصائصها، والتي تكفل عقوباتها ربيع مرتكبيها، وضمان المصالح المباشرة للقوات المسلحة مما يكفل لهذه النظم قانونها الخاص، وجعل سريتها واجباً ولو في زمن السلم.

وتجاوز الأضرار التي تستهدفها هذه النظم مجرد إيقاع صور الجزاء التي عرّتها على المخالفين لأوامرها.

ويعتبر الدستور كذلك مصدراً مباشراً له يكفل شرعيتها في الحدود المنصوص عليها فيه، والتي يندرج تحتها أن لرئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٥٠ من الدستور، أن يتخذ ما يراه من التدابير التي توفر للجيش معداتها وتجهيزاتها، كي تنهيا لها الفضل للقصور لأداء مهامها القتالية على الوجه الأكمل، إذ هو قائدها الأعلى والأمين على إعدادها للقتال.

وكما يختص رئيس الجمهورية بالدخول في كل معاهدة دولية بقدر ضرورتها لصون مصالحها، ولو في بعض جوانبها، كذلك التي تقيم تحالفاً وفقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور، بين مصر وغيرها من الدول؛ فإن على المشرع -وعصلاً بنص المادة ١٨٠ من الدستور- أن يعمل على ضمان وفاة القوات المسلحة بولجبتها، وعلى الأخص ما تعلق منها بأمن الوطن وضمان وحدته الإقليمية ورد المخاطر التي قد يتعرض لها من خلال غزو خارجي.

ولرئيس الجمهورية كذلك -ومن خلال مجلس الدفاع القومي المنصوص عليه في المادة ١٨٢ من الدستور- لتتخذ في كافة الشئون ذات الصلة بأغراض الدفاع عن مصر وتأمينها من المخاطر.

وهذه المواد جميعها، يجمعها سعيها لضمان آلية مكررة تكفل للقوات المسلحة بلوغ أهدافها بالفضل الوسائل، وبما يكفل تحقيق تماسكها وفرض السيطرة عليها، وتأهيلها لخصوض معاركها.

ومن ثم كان منطقياً أن يفوض الدستور المشرع في بناء المحاكم العسكرية، وتحديد اختصاصاتها، وتعيين صور الجزاء التي توقعها عن الجرائم التي تنبسط عليها ولإيضا، على أن يكون ذلك -وعلى ما تنص عليه المادة ١٨٣ من الدستور- في حدود مبادئ الدستور التي

لا يجوز تقرير حكم على خلافها، ولو كان ذلك في إطار النظم الاستثنائية في جوابها المختلفة.

٦١٩- غير أن النظم العسكرية، وإن كان يحكمها قانون خاص يحيط بها؛ إلا أن هذا القانون لا ينفصل عن غيره من القوانين، ولا يعمل في فراغ Legal vacuum، إذ يدخل في إطار منظومة قانونية متكاملة لها من عموم مبادئها، ما يربط بين أجزائها، وعلى الأخص في نطاق مفاهيم النظم الجنائية التي تقوم أصلاً على أن البراءة تفترض، وأن نقضها لا يكون إلا من خلال اقتناع قضائي لا تتدخله شبهة لها أساسها.

٦٢٠- ولما كان مضمون النظم القانونية، فإن حقائق الحل ومعانياتها تحيط كذلك بالقواعد المسلم بها في مجال تفسير أحكامها. ويندرج تحتها أن كل كلمة أو عبارة أوردها قانون ينظم الشؤون العسكرية، إنما يؤخذ بها في سياقها؛ وأن إطلاقها لا يتقيد بشيء دليل، وتخصيصها لا يكون بخير قرينة تصرفها عن عموم معناها؛ وأن فهم العبارة أو الكلمة في القوانين العسكرية يكون أصلاً بمقابلتها بما يماثلها في غيرها من القوانين، ما لم تعطها النظم العسكرية لها معنى آخر يلتزم وطبيعة هذه النظم، أو يكفل بصورة أدق تحقيق أغراضها. وتعتبر المعامل التي لا حكم فيها، مكموتا عليها لتنظيمها القواعد الكلية التي توحد بين القوانين في عموم مفاهيمها ومبادئها.

وحتى في النظم الاستثنائية، فإن حقوق المواطنين وحرياتهم وضماناتها، إنما تتحدد على ضوء القيم التي احتضنها الدستور. ذلك أن النظم القانونية جميعها، يحكمها الدستور ويحتويها. والمواطنون أطرافها بغض النظر عن مواقعهم في مجال تطبيقها. وصفتهم هذه توابعهم أينما حلوا، وإليها تعود حقوقهم وحرياتهم في جنورها.

٦٢١- ويتعين بالتالي التوفيق بين النظم القانونية في البلد الواحد لتحقيق أغراضها:

أولاً: ألا تتعارض ركائزها الأساسية بما يشوهها ويعوق تكاملها، لتظهر كنظم متفرقة لا رباط بينها.

ثانياً: أن تمثل هذه النظم في مجموعها، حصيد القواعد القانونية القائمة Corpus juris التي لا تتهدم فيما بينها، وإنما تتداخل، وعلى الأكل من خلال اجتهادات قضائية وفقهية تضم عناصر هذه النظم إلى بعضها، وتبين الخطوط الرئيسية التي تظلها، لتكمل في نهاية المطافها

الوحدة الواجبة للتنظيم القانوني في الدولة، وعلى الأخص من ناحية المفاهيم الإجمالية التي تقوم عليها.

ثالثاً : ألا تصدر النظم القانونية على اختلافها من فراغ أو باعتبارها هائمة في فضاء عريض. إذ تتركز حول تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم -لا يوصفها من القيم المجردة التي يصوغها المشرع في نصوص قانونية لأغراض مثالية- وإنما لتعيش ولقمة من خلال توازن يتحقق بين ضرورة ضمانها لأصحابها، وبين الحق في فرض بعض القيود عليها لضمان حقوق الآخرين.

وتكفل قاعدتان هذا التوازن وتتكاملان فيما بينهما؛ أولاهما: أن النظراء يتكافلون في الحقوق.

ثانيتهما: أن القيود على الحقوق مدخلها الوسائل القانونية السليمة The due process of law حتى لا يحرم أحد من حريته، ولا من الأموال التي يملكها، ولا من الحق في الحياة، دون مقتض.

وهاتان القاعدتان الغائرتان في النظم القانونية جميعها، تبدوان أكثر أهمية في مجال تطبيقهما في النظم العسكرية التي تتضام في إطارها حقوق المتهمين قبلها، ذلك أن النظم العسكرية تحصل معها جهامتها وتقاليدها وأعرافها. ولا تنفصل كذلك عن أغراضها في تحقيق أقصى درجة من الردع لضمان المصالح التي ترتبط بها هذه النظم، والتي تظل -في محتواها وأغراضها- نظماً قانونية تتواصل مع غيرها من النظم القائمة في البلد الولد، وتنتهي بالتالي على إطلاق السلطة أو إساءة استعمالها.

المبحث الثامن

علو السلطة المدنية على السلطة العسكرية

٦٢٢- وصار لازماً أن تكون القواعد الكلية التي يتضمنها الدستور، حدا للنظم العسكرية؛ وأن ترتبط قوة الجيوش بخضوعها للقانون، و**يعلو السلطة المدنية عليها، وتلقونها لتعليماتها منها.**

ذلك أنه وإن جاز القول بأن الجيوش لا يجوز إعلانها ولا إخضاعها بما يوهن عزائم رجالها من خلال قيود تتل من قدرتها على مواجهة المخاطر التي تطرأ لها سواء أثناء الأعمال الحربية، أو عند إعلان حالة الخطر العام أو الحصار L'Etat de siège؛ وأن السلطة القضائية كثيراً ما تتردد في أن تستخلص بنفسها ضوابط تقيد بها الجيوش في حركتها وفعاليتها؛ وأن التدخل في مهامها قد لا يكون مقبولا حتى من الجماهير التي تنظر إلى قواتها المسلحة كصمام أمن يحفظ للبلاد ثوابها وعرضها؛ إلا أن للنظم العسكرية تظل مقيدة بالإطار العام لحقوق المواطنين وحرياتهم.

فإن هي اجتاحتها؛ أو هددتها بصورة خطيرة، كان ذلك منها علوا على السلطة المدنية التي يفترض خضوعها لها، مجاوزا كذلك حكم الضرورة التي تكفل لهذه النظم طبيعتها الاستثنائية التي تخرج بها بصفة جزئية من إطار قواعد القانون العام، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي يندبها من أهدافها ضمانها للحد الأدنى من حقوق المواطنين حتى في مواجهة النظم العسكرية؛ وبما لا يخل بضرورة رد المخاطر المتعاملة التي تتعرض لها الجيوش في مناطق التوتر وبؤر الصراع.

وهي مخاطر تتباين في شدتها؛ ويتخذ نفعها إذا نهان الجند في واجباتهم أو أدلوا ظهورهم لها، نكولا عنها، أو تهربا منها. ومن ثم كان الحزم والمبادأة بقوة الردع قرين النظم العسكرية، ومن سماتها الرئيسية.

وصح القول بالتالي بأن للنظم العسكرية خصائصها التي لا تقوم على الفسراض استصحابها للحقوق المدنية بكامل عناصرها، وأن احتياجاتها وضرورتها ينبغي أخذها في الاعتبار، فلا تسقطها السلطة القضائية من حسابها؛ وأن تطبيق شرط الوسائل القانونية السليمة في هذه النظم، لا يجوز أن يكون صارما؛ ولا محدد وفق قواعد جامدة لا تريم تلك النظم عنها، أو تنحصر فيها، أو تنطلق عليها.

ولما يكون إعمال هذا الشرط مرنا كقلا حداً أدنى من الحقوق التي لا يتصور أن تتجرد للمواثيق الدولية والوطنية منها، لتفرض هذه الحقوق نفسها على الأخص في إطار العدالة الجنائية التي لا يجوز أن تختل مقوماتها الرئيسية تبعاً لطبيعة النظم التي تقومها، وعلى الأكل في مجال عرض الاتهام الجنائي والفصل فيه بطريقة منصفة لا عوج فيها

Fundamental fairness.

وإذا كان من المقرر أن للنظم العسكرية احتياجاتها التي تتباين درجة شدتها على ضوء الأوضاع التي تحيط بزم من طورتها؛ وفي إطار نوع الضغوط التي تفرض نفسها على القائمين على تطبيقها؛ فإن قدر ضماناتها للحقوق المدنية التي يطلبها الماطلون بها، يكون كذلك متفاوتاً. ذلك أن هذه النظم تكلل فعاليتها من خلال مرونتها. وما تنقيد به من الحقوق، إنما يتحدد مداه على ضوء الأوضاع التي تقارن تطبيقها.

وبقدر حدة الضغوط التي تولجها، يزداد اتساع التكبير التي تقابلها، وتحرر -على الأكل في بعض جوانبها- من قيود القانون العلم، وبما لا يخل بضماناته الجوهرية، وأهمها أن للنظم جميعها رأياً كان نوعها أو مصدرها في نصوص الدستور التي تؤسسها - لا يجوز أن تفصل في اتهام جنائي مطروح عليها، في غير إطار النظم الاختصاصي للعدالة الجنائية.

بما مؤداه ضرورة أن يحاط المتهم بحقوقه الاتهام، وبالطناصر التي يقوم عليها، وبالتوازن التي تؤيده؛ وأن يكون الفصل فيه من قبل هيئة قضائية لها من استقلالها وحيدتها ما يؤكد نزاهتها وانصرافها عن الأهواء ورغائبها؛ ومن القواعد القانونية الإجرائية والموضوعية التي تطبقها، ما يدل على إنصافها؛ ومن الحقوق التي تكفلها للنفاذ ما يرجح موضوعيتها ويعزز فعاليتها؛ ومن الحق في مواجهة التهمة وإصاح أدلتها، ما يعادل في إطار الخصومة الجنائية بين مراكز أطرافها؛ ومن الحق في الطعن في الحكم القضائي -ولو صدر من محكمة عسكرية- أمام المحكمة الأعلى في النظم المدنية، ما يقطع بطل هذه النظم عليها وخضوعها لسلطانها.

يؤيد ما تقدم أن حقائق العدل لا يتصور أن تتبدل فيما بين النظم القانونية المختلفة تبعاً لطبيعة كل منها.

إذ ليس للعدل غير مفاهيم موحدة تفرض نفسها على كافة النظم القانونية لها كان محتوياً، وتحريفها أو إسقاطها ليس فقط مجرد وهم لا يجوز تصوره، وإنما هو كذلك إنشأه لاستعمال السلطة بما يخرجها عن مشروعيتها.

المبحث التاسع التطبيق العملي للنظم العسكرية

٦٢٣- وما نراه في كثير من القضايا التي تواجهها المحاكم العسكرية، أن أخطاء جوهرية تشوبها تضر بمركز المتهمين أمامها؛ ونكاد أن نحيل حقوقهم قبلها إلى الضياع.

ومرد ذلك إلى انصرافها أحيانا عن تطبيق القواعد الآمرة التي ألزمها المشرع بها، وإلى خروجها دوماً على التقييم التي اجتضتها الدستور، وهي قيم يستحيل حصرها في قائمة واحدة تحيط بها بالنظر إلى تطور هذه التقييم في مفاهيمها، وتسارع خطاها على منسوء الأوضاع المتغيرة في الجماعة.

فلا تكون هذه التقييم في تطورها وتبدلها، غير ضمان لصمود الدستور عبر أجيال متعاقبة يلاحق بعضها البعض، ولكل منها مطالبها وآمالها، بما يحتم تفسير الدستور على ضوء التقييم القائمة حتى يظل الدستور حياً فلا ينكسر.

ومن ثم تعامل التقييم التي فرضتها الجماعة إطاراً للشرعية الدستورية، بوصفها القاعدة الأعلى التي لا تنفصل حقوق المتهمين عنها، والتي تتعمق روافدها النظم القانونية جميعها -أياً كان موضوعها- فلا تتحول عنها.

إذ هي معايير للجماعة التي تضبط بها هذه النظم وتردها إليها. ولا يجوز بالتالي أن تنتزع أية ملطة لنفسها مفاهيم تبتدعها، وتقرر نعلقها بها دون غيرها، لتعدد على ضوئها ما نراه صواباً أو خطأ.

إذ يندلج ذلك ما بين النظم القانونية من ترابط، ويحقق انتمائها، فلا تتكامل فيما بينها، وإنما تستقل عن بعضها البعض -ليس فقط في جزئياتها، وإنما كذلك في التقييم الرئيسية التي تظنها، لتبدو جميعها وكأنها نتاج مفاهيم أيولوجية مختلفة في بلدان متعددة بما يؤكد تفارقها لاتفاقها، وعلى الأكل في العرض من خطوطها^(١).

(١) نليس السلطة العسكرية وسائل قانونية تخصها وتنفرد بها. Military due process، وإنما تملو هذه

الوسائل عليها وتكون قيدها عليها Due Process of the Military
Bassiouni, Grimial law and its due processes, 1974, P.P.578-579.

٦٢٤- ويزيد الأمر سوءا:

١. أن قضاء المحاكم العسكرية كلما يعبرون آذانهم للمقاتلين أمامهم من المتهمين. فلا يمنحونهم وقتا كافيا لتوضير دفاعهم؛ وقد يرفضون طلبهم لشهود يلقون اتهمه عنهم، أو لا يوفرون لهم فرص الاتصال بمحاميتهم. وكثيرا ما يلقون الفرع في دغوسهم من خلال شذنتهم، أو عن طريق إجراءاتهم المختصرة التي لا يطمئن المتهم معها إلى مصيره.

٢. أن تعيين هؤلاء القضاة والمدعون العامون، وكذلك ترفياتهم ومكافآتهم، بيد قائدتهم الذين يعلونهم. فلا يسلون من الخضوع لتعليماتهم، وعلى الأخص لأن لقادتهم الحق في مراجعة أحكامهم واعتمادها أو تبديلها وفق تقديرهم. وقد يطلونها إذا تبين لسم مذاقتيها للسياسة النظامية التي يريدون تطبيقها في وحداتهم. فلا يكون تخطيطهم في القضايا -وأمر بطريق غير مباشر- إلا واقعا لا ينحصر -وإن لم يكن مشهودا- يزيد من قسوته أمران :

أولهما: أن حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المشروع Habeas Corpus بعد أن يستخذ طرق الطعن القضائية، غير مسلم به في مصر؛ وإن تقرر في كثير من الدول التي تراه امتياز لكل فرد أودع -بالمخاللة للدستور أو للقانون- في مكان يقيد مسن حريته الشخصية، وعلى الأخص من خلال إجراء القبض أو الاعتقال.

وهي ضمانة ينازع بها في احتجازه غير المشروع، ولا يجوز وقفها إلا في أحوال استثنائية مناطقها المصوبان والغزو. وغايتها أن تكفل الحرية للشخصية أفضل صور الحماية في مواجهة المخاطر التي تهددها. وصار هذا الامتياز بالتالي قرين الحرية أو مدخلها، يعززها ويقيوها، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي يلقونها أن بدان الشخص من محكمة تتلخص إجراءاتها للدستور؛ أو تخرج القوانين التي طبقها على قواعده، أو يبطل حكمها بناء على وجه آخر. كذلكها حق الشخص في الحصول على مشورة محام، أو الحكم عليه أكثر من مرة من الجريمة ذاتها.

ويتوخى هذا الامتياز في المجال الجنائي إنكار ولاية المحكمة أو سلطتها في الفصل في الاتهام. ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على خطأ أو صحة حكمها، ولا على عدم كفاية الأدلة التي قام عليها هذا الحكم.

ويفترض تطبيق هذا الامتياز في الدول الغيردالية توافر شرطين:

أ. أن يكون احتجاز الشخص في الولاية أو تقييد حريته على وجه آخر، مطلوباً على إخلال بالحقوق الأساسية التي كفلها الدستور الفيدرالي، أو القوانين الفيدرالية لكل شخص.

ب. أن يكون احتجاز الشخص به تالياً لاستنفاده لطرق الطعن التي حدتها الولاية للنقل فيما إذا كان تقييد حريته جائزاً قللنا أن غير جائز.

ويفترض استنفاده لهذه الطرق، وجودها وملامتها، حتى لا يكون ولوجها مجرد انزلاق في رمال غائرة لا نجاة منها، ولا أمل معها. ولا كذلك أن يكون قد تخطى طواعية عن التواعد الإجرائية المعمول بها في الولاية، أو تسد تجنّبها، حتى لا يحصل على الترضية التي كفلتها عن احتجازه غير المشروع. وكلما كان احتجاز الشخص في الولاية بناء على أمر صدر من سلطة فيدرالية، فإن استنفاده لطرق الطعن في الولاية كشرط لإطلاق سراحه، لا يكون لازماً.

ثانيهما: أن الضباط الذين تشكل منهم المحاكم العسكرية، والمحامون العامون لديها، كثيراً ما يكونون غير مجازين في الحقوق، بما يعجزهم عن تفهم ما يكون من الدفاع جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى الجنائية، أو ثانوياً غير مؤثر في محصلتها النهائية؛ وكذلك ما يكون من الأدلة مقبولاً أو غير جائز القبول؛ متعلقاً بالدعوى الجنائية، أو غير منتج فيها.

وقد لا يرهفون سمعهم لحقوق المتهمين المائلين أمامهم في المرحلة السابقة على محاكمتهم Pre-trial proceedings، ولو كان إغفالها قد أثر بصورة جدية في مركز المتهم.

ويعولون على الأقوال التي ينلّي بها، ولو في مرحلة التفتّظ عليه، رغم ما يشوبها من ضبوط قد ينهار معها، فينلّي بأقوال أكره نفسها عليها، وقد لا تنبّه سلطة التحقيق إلى حقه في أن يظل صامتاً؛ وأن يستعين بمحام؛ وأن ما يقرّبه أمامها قد يؤخذ عليه.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها، وإن تحقّق الحصول عليها في محاكم القانون العلم، إلا أن التسليم بها في المحاكم العسكرية التي يفزع المتهم أمامها، ولا يطمئن معها إلى مصيره، أكثر وجوباً، ولو طلبها وأصر عليها عسكريون قبل أن يصدر في شأنهم قرار اتهام.

ذلك أن إنكار تلك الحقوق أو إرجاءها حتى يصدر هذا القرار، مؤداه أن يظل المتهم بغير دفاع ينهبه إلى خطورة الأقوال التي ينلّي بها في هذه المرحلة، وإلى أثرها على مركزه بما يعرض موقفه للخطر الجسيم.

٣. ولا تزال قائمة محاولة للتقريب بين النظم العسكرية والمدنية في مجال الحقوق التي تكفلها للمتهمين أمامها، أو الذين تقوم لديها شبهة ارتكابهم لجريمة.

إلا أن أكثر ما يعرض هذه الحقوق للتهديد في النظم العسكرية، هو التفرج الرئاسي بين سلطاتها التي لا تمنحها حقائق العدل أكثر من اهتمامها بالأوضاع العسكرية في صرامتها وتقاليدها وأعرافها.

ويعيبها كذلك أن القائمين بالأعمال القضائية فيها، أو بالأعمال الشبيهة بها، قلما يكونون مؤهلين قانوناً، ولا يستوعبون غالباً حتى القواعد القانونية التي تطبقها هذه النظم^(١).

The greatest weakness of the system remains that it is administered by the military hierarchy which is often more interested in the rules of military tradition and custom than in justice, in addition to being seldom trained at law and often unfamiliar with the military law itself.

٤. ويلزم ذلكما لجواز القبض على العسكريين وتفتيشهم إذا أحاطتهم شبهة ارتكابهم جريمة، أن يكون هذا الإجراء محمولاً على أسبابه التي تكون صحتها أكثر احتمالاً Probable cause، وأن يكون كذلك معقولاً.

وهو ما يتحقق إذا ما تم بناء على إذن موافق للقانون؛ أو على أشياء تعد حيازتها -في ذاتها- جريمة محالاً عليها؛ أو على أشياء أخرى بموافقة مالكها؛ أو لها صلة بالذمة الجرمية التي يخشى طمسها أو إلزالتها.

وينبغي أن يلاحظ دوماً، أن للنظم العسكرية بيئتها التي لا يلائمها أحياناً التطبيق الجليد أو الكامل للقواعد الإجرائية التي تلتزمها محاكم القانون العام فيما تفصل فيه من الجرائم.

وقد تخرج عليها المحاكم العسكرية بصورة جزئية تخففاً منها؛ وإن تعون أن يكون جوهرها موافقاً للوسائل القانونية السليمة في عموم متطلباتها.

وظل ثلوثاً بالتالي أن تغد الضباط لجنودهم ورفاقاً على أحوالهم، وتقدر انضباطهم، ودرجة تأهلهم للقتال؛ لا يقل شأناً عن تفتيش أماكن إقامتهم في تفتيشهم.

(١) انظر في ذلك الدكتور شريف بسويى ص ٥٩٠ من مؤلفه السابق الإشارة إليه. وهذا وتكسر المواد ٥٩٠، ٥٧٠، ٥٥٠، ٥٤ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن يصدر بتعيين القضاء العسكريين قرار من وزير الحرية؛ ويكونون جميعهم من الضباط ويخضعون لكافة الأنظمة المنصوص عليها في قوانين الخدمة العسكرية؛ ويكون تجديدهم لمدة سنتين قابلة للتجديد، ولا يجوز نقلهم إلى ملبس آخر إلا للضرورة العسكرية. وهو ما يعنى خضوع هؤلاء القضاء خضوعاً كاملاً لرقبتهم.

ذلك أن القائمين بتفتيشها، لا يدخلونها انتهاكا من جانبهم لخصوصيتها، وإنما توقيها لإبداع أشياء ممنوعة فيها.

بل إن من الفقهاء من يقول بأن الذين ينخرطون في القوات المسلحة، ويعتبرون من أفرادها، يجردون أنفسهم ضمنا من الحق في حماية حرمة خواص حياتهم بقدر تعلقها بالأماكن التي يقيمون فيها داخل نكباتهم^(١).

ذلك أن النظم العسكرية -التي تغاير المجتمع المدني في تكويده واحتياجاته واحتياجاتها- تعيش واقعها؛ فلا تنفصل متطلباتها عن الضغوط التي ترزح تحتها.

ويجب بالتالي أن يحاط القبض والتفتيش بقدر كبير من المرونة التي يندرج تحتها، اعتماد السلطة العسكرية التي تجريه على تحريكها للجديّة، ولو جاعتها بعض عناصرها من مصادر تريد إخفاءها، على أن تكون هذه المصادر موثوقا بها. وهي تكون كذلك -على الأخص- إذا أبحتها هذه السلطة بمعلوماتها للشخصية؛ أو إذا كان الأشخاص الذين أبلغوها عن الجريمة، أو قدموا إليها بياناتهم عنها؛ قد وقعوا إقرارا منهم بذلك.

وتباشر هذه السلطة تحريكاتها تلك، آخذة في اعتبارها طبيعة وخطورة الجريمة التي تم الإبلاغ عنها. إذ يتعين أن يكون لتحريكاتها عمقا أكبر في الجرائم الأكثر خطرا. ودون ذلك فإن أمرها بإجراء القبض أو التفتيش، لا يعتبر محمولا على أسبابه الراجعة صحتها.

(١) R.D. Hamel, Military search and seizure, 39 Military law Review, 43 (1968).

المبحث العاشر الجرائم العسكرية - ماهيتها

٦٢٥- لا تتحدد طبيعة الجريمة على ضوء موقعها من القانون الذي أدرجها في صلبه، كالقول بأن قانون العقوبات وغيره من القوانين التي تكمل أحكامه، إطاراً لجرائم القانون العام، وأن النظم العسكرية وعاء الجرائم التي تضمنها تشريعاتها.

إذ ذلك كله نظر لا يتصق حقائق الأشياء، وإنما يتطرق بأهدافها الشكلية.

شأن وجهة النظر هذه، شأن الذين يأخذون بمعيار شكلي في تحديد اختصاص محاكم مجلس لدولة، فيعتبرون كل قرار صدر عن السلطة التنفيذية -بأفرعها المختلفة- قراراً إدارياً، ولو كان هذا القرار متضمناً قواعد قانونية مجردة تماثل القوانين في انتفاء تخصيصها بواقعة بذاتها تتعلق بها، أو بأشخاص عينهم المشرع بصفاتهم لا بذواتهم.

والطبيعة الشكلية لهذا المعيار، لازماً أن تتحدد طبيعة الجريمة -لا بالنظر إلى مضمونها، ولا على ضوء الأغراض التي يمتثلها الجزء عليها- وإنما من منظور شكلي للقانون الذي لحقها. فإن كان قانوناً مدنياً، كانت الجريمة من جرائم القانون العام، وإلا تعين إلحاقها بالجرائم العسكرية إذا أخذها قانون يخص النظم العسكرية في إطاره.

٦٢٦- كذلك لا تتحدد طبيعة الجريمة بالنظر إلى أشخاص من يرتكبونها. ذلك أن الجرائم جميعها لا تتحدد أوصافها إلا على ضوء حقيقة ماهيتها. وأوصافها هذه هي التي تحدد الاختصاص القضائي بنظرها بغض النظر عن صفة مرتكبها. وأية ذلك أن جريمة قتل الرجال لأزواجهم، تنقل من جرائم القانون العام، ولو كان مرتكبها من الضالعين أصلاً للنظم العسكرية.

ولا يبقى بعد هذا إلا أن يكون معيار تحديد طبيعة الجريمة، موضوعياً ينظر إلى الجريمة في مكوناتها، وإلى الأغراض التي يتوخاها الجزء عليها، ودور المصالح التي تمسها، وما إذا كان إخلال الجريمة بها مباشراً أو عرضياً.

فالقتل جريمة من جرائم القانون العام بالنظر إلى أن تكليم المشرع لها، لا يخص دفراً من المواطنين دون سواهم. وإنما يشملهم جميعاً في كافة مواقعهم، وعلى تباين وظائفهم، أو الأعمال التي يتولونها. وهم بذلك سواء في التقيد بالتصوص العقابية التي تمنعهم من إيقاعها، لا يتمايزون في ذلك عن بعضهم البعض.

ومن ثم كان القتل من جرائم القانون العام التي تفصل فيها محاكم هذا القانون دون غيرها بوصفها قاضيتها الطبيعي. ولا كذلك أن يكون للجريمة خصائص قائمة بذاتها لها من خطورتها ومن مساسها المباشر بالنظم العسكرية ومتطلباتها، ما يسوغ إلحاقها بالجرائم العسكرية، وإنخالها في زمرتها، إذا ارتكبتها أشخاص يخضعون لهذه النظم، ويعتبرون مشمولين بها.

ويزيد الأمر سوءاً، أنه وإن كان الأصل في الجريمة العسكرية، أن يرتكبتها عسكريون، إلا أن للنظم العسكرية قد تدرج في إطار المشمولين بأحكامها أفراداً ليس لهم صلة بالقوات المسلحة، ولا يعتبرون منفرطين في صفوفها. بما يناقض حقيقة أن العسكريين هم الذين يرتبطون بالقوات المسلحة برابطة أصيلة، لا عرضية، تجعلهم من عناصرها، ولو كانوا في إجازة تكتمل بانتهاها بـمدة خدمتهم فيها Terminal leave.

إذا اعتبروا حتى في هذه الحالة، من أفرادها الذين تشملهم نظمها^١ بما في ذلك مشمولتهم عن الجرائم التي يرتكبوها قبل انقطاع صلتهم بها.

ولا يجوز لمحاكمة عسكرية بالتالي، أن تباشر ولايتها في شأن شخص لم يعد من الخاضعين لها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبتها تدخل في اختصاصها بالنظر إلى مادة الأفعال التي تنوذجها، ولا اختصاص لهذه المحاكم بالتالي، بالفصل في جرائم ارتكبتها أشخاص بعد انتهاء خدمتهم في القوات المسلحة، ولا جلبهم إليها عن جرائم أتوها خلال فترة لتحاقهم بها، إذا كان لتدريجهم في صفوفها مخالفاً للقانون. كما لو كانوا من القصر الذين لا يجوز قبولهم في القوات المسلحة. ذلك أن ارتباطهم واقفاً بها بعد دخولهم في خدمتها De facto، لا ينال من كونهم خاضعين لولاية آبائهم أو أوصياتهم.

ولهؤلاء هؤلاء، أن يعارضوا بقاءهم في القوات المسلحة، وأن يمنحوا محاكمها من أن تمد يدها إلى آبائهم أو إلى المشمولين بوصايتهم.

وتتور صعوبة كبيرة في شأن الأشخاص الذين وإن ارتكبوا جريمتهم أثناء عملهم في القوات المسلحة، إلا أنهم بارحوها قبل أن يحاكموا عنها.

(^١) Hironimus v. Durant, 168 F2d. (1948) 335 U.S. 318. See also George Washington Review 142 (1947).

والرجوع إلى القوانين الوطنية، يدل على تبين موقفها في هذا الصدد. فمنها ما يجيز محاكمتهم عن الجرائم السابقة على خروجهم من القوات المسلحة، بشرط أن يكون لها من أهميتها وخطورتها ما يبرر جلبهم إلى المحكمة العسكرية للفصل فيها؛ ومنها ما يطلق الحق في محاكمتهم عن هذه الجرائم بنقض النظر عن نوعها أو درجة جسامتها. وهو الحل الذي أخذ به قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦؛ وذلك بما نص عليه في المادة ٩ من أن يبقى العسكريون والملحقون بهم، خاضعين لأحكام هذا القانون، ولو خرجوا من الخدمة، إذا كانت جرائمهم وقت وقوعها مشمولة بأحكامه.

٦٢٧- ولا تمل إلى أحد هذين الاتجاهين، وإنهما قائمان على معايير غير موضوعية، ومستكئين إلى التحكم ولا تحملها غير إرادة السلطة التشريعية من خلال تبنيها موقفا أكثر ملامة، وإن لم يكن بالضرورة قائما على صلة وثقى بين الحصول على اختارتها، وضوابطها المنطقية.

وأكثر واقعية من هذين الاتجاهين، أن نقرر جواز ملاحقة المتهمين عن جرائمهم التي ارتكبوها أثناء خدمتهم بالقوات المسلحة، ولو بعد انقطاع صلتهم بها، إذا كان التحقيق معهم فيها، قد بدأ قبل انتهاء خدمتهم. إذ يستمر بده التحقيق في جرائمهم التي ارتكبوها أثناء عملهم بالقوات المسلحة، لإجراء يربطهم بها، حتى بعد خروجهم من خدمتها. وتقوم بالتالي من خلال هذا التحقيق، صلة كافية تبرر تكليفهم بالمثول أمام المحكمة العسكرية لمحاسبتهم عن هذه الجرائم، ولو لم يكن ذلك التحقيق قد اكتمل، ذلك أن الأصل في ولاية المحاكم العسكرية، أنها استثناء من أصل خضوع المواطنين جميعهم لمحاكم القانون العام، بضماناتها الإجرائية والعملية.

ويتعين بالتالي أن يلحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة لا يُلَاحَظ تحتها أن يقدم أعضاء سابقون في القوات المسلحة، إلى محكمة عسكرية، عن جرائم لم يتخذ إجراء فيها قبل تركهم لها.

المبحث الحادي عشر

العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية

٦٢٨- وقد تتخذ القوات المسلحة الوطنية بعض مواقعها في تلة أجبسة. وتنادى العاملون من أفرادها في هذه القواعد الأجنبية، بأن يستصحبوا زوجاتهم وأولادهم معهم ليقموا فيها، وعلى الأخص إذا كانت هذه القواعد دائمة بمقتضى معاهدة دولية طويلة الأجل.

ومن ثم تكون علاقاتهم هذه بكل أفرادها- من المدنيين الذين لا تجوز محاكمتهم أمام السلطة العسكرية الأجنبية عن جرائمهم التي ارتكبوها في تلك القواعد؛ ولا أمام محاكمهم الوطنية لتورع الجريمة فيما وراء النطاق الإقليمي لولايتها؛ وإن جاز تسليمهم- ريوصلهم من المدنيين- إلى محاكم القانون العام في الدولة الأجنبية بناء على طلبها، وإن كان هذا الاحتمال ضئيلاً.

٦٢٩- وقد تتخلى الحكومة الوطنية عن جزء من سيادتها في المعاهدة الدولية التي تنظم أوضاع قواتها المسلحة التي تعمل في قواعد أجنبية؛ وذلك بأن تخضعهم عن الجرائم التي يرتكبوها فيها، لولاية المحاكم العسكرية للدولة التي تمتصهم في إقليمها. ولئن قيل بأن النزول عن بعض مظاهر السيادة الوطنية، يكون مجعفاً بحقوق أفراد القوات المسلحة الذين يعملون في تلك القواعد، بالنظر إلى احتمال التهرب من حقوقهم أمام المحاكم العسكرية الأجنبية التي يقدمون إليها عن جرائمهم تلك؛ إلا أن كثيرين يرون أن احتمال محاكمتهم على وجه يناقض المبادئ القانونية السليمة في عناصر إصلاحها، يعتبر نتيجة عرضية ناجمة بالضرورة عن علمهم في هذه القواعد. وهي نتيجة يفرض قبولها لها ورضاها ضمنياً بها^(١). وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن الحق في محاكم منصفة حق أصيل يأخذ برأب النظم القانونية جميعها -في مستوياتها المختلفة، وأياً كان مكان تطبيقها- ليحيط بكل جوانبها.

(¹) *Wilson v. Girard*, 354 U.S. 524 (1957).

المبحث الثاني عشرصور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية

٦٣٠- وإذ كان الأصل في الجرائم بوجه عام، أن يكون تحديدها بالنظر إلى خصائصها، فلا يخرجها المشرع عن طبيعتها ليجرها إلى نظم استثنائية لا شأن لها بها.

إلا أن قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لم يأبه لهذا الاعتبار، إذ أقر في تحديد الجرائم التي شملها بأحكامه فأدخل تحتها -بمادة ١٦٧ من هذا القانون- جرائم القانون العام، إذا كان من ارتكبتها من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية. وهو نظر سقيم، وذلك لأمرين:

أولهما : أن خصائص الجريمة أو طبيعتها، هي التي تحدد جهة الاختصاص القضائي بنظرها أيًا كان مرتكبها.

ثانيهما : أن النظم الاستثنائية التي تخرج عن قواعد القانون العام دون مقتض، تعرض على حقوق الأفراد وحررياتهم قيودا خطيرة لا يجوز القبول بها، لأنها تحور ضماناتها، سواء من خلال إهدارها أو انتقاصها من أطرافها.

٦٣١- ولستقرأ قانون الأحكام العسكرية، يدل على توجهه إلى مجاوزة الدائرة التي كان ينبغي أن يعمل فيها. ويظهر ذلك على الأخص في مجال تطبيق نص المادة ٦ من هذا القانون التي تخول فقرتها الأولى رئيس الجمهورية -ولو في غير أحوال الخطر المصم- أن يحيل جرائم أمن الدولة جميعها إلى المحاكم العسكرية التي نص عليها هذا القانون، ولو ارتكبتها مدنيون.

ثم تأتي الفقرة الثانية من هذه المادة ذاتها، لتخول رئيس الجمهورية أن يحيل أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، إلى هذه المحاكم، لتخرج الجرائم المنصوص عليها في هاتين الفقرتين -جميعها من جرائم القانون العام- من الاختصاص المطلق لقاضيتها الطبيعي، لتشملها نظم استثنائية في القواعد التي تحكمها، وفي نوع المحاكم التي تطبقها.

ولئن فرض الدستور المشرع في تحديد الهيئات القضائية وبيان اختصاصاتها، إلا أن نقل بعض مظاهر الاختصاص القضائي من الجهة التي تتولاها أصلا، يفترض أن يكون هذا

الإجراء واقعا بصورة استثنائية؛ وفي حدود ضيقة؛ ولأعذار تقتضيها المصلحة العامة في الوثق روابطها وأعلى درجاتها؛ وتعرضها الضرورة في أعرق مطلبياتها.

وهو مالا يتوفر في نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، التي يحل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، جرائم للقانون العام، على ضوء تقديره لخطورة ما يحلها منها. ذلك أن هذا التقدير لا توجهه ضوابط موضوعية تفرض نفسها على رئيس الجمهورية ليتخذ على ضوءها قراره بإحالة هذه الجرائم إلى المحاكم العسكرية التي لا تختص أصلا بها.

فلا يكون نص المادة ٦ المشار إليه إلا مخالفا للدمتور، ولو أحاط رئيس الجمهورية بتطبيقها بالفضل للقوانين. ذلك أن جرائم القانون العام لها ضماناتها، ودائرة منطقية لتطبيقها لا يجوز الإخلال بها.

ونقلها برمتها أو في أغلبها إلى المحاكم العسكرية، يخرجها من دائرة تطبيقها إلى دائرة مختلفة لا يجوز أن نسماها، ولا نفترض أن ترتبط بها؛ ويغضها بالتالي في غير ضرورة ملحة - لنظم استثنائية في طبيعتها وخصائصها.

٦٣٢- وما قرناه في شأن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، يصدق كذلك على نص المادة ٨ من هذا القانون التي تعاقب بمقتضى أحكامه، كل شخص من الضامنين لهذا القانون، أتى في الخارج - سواء باعتباره فاعلا أو شريكا - عملا بعد جنابة أو جنحة تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية، ولو لم يكن معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه. فإذا كان معاقبا عليه فيه، جاز محاكمته مرة ثانية أمام هذه المحاكم عن الجريمة ذاتها، على أن تراعى مدة العقوبة التي يكون قد أمضاها.

وهذه المادة معيبة من وجهين:

أولهما: سريلها على كل شخص من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية، ولو لم تتوفر فيه الصفة العسكرية - كطلبة المعاهد والكليات العسكرية - واكتفوا في تطبيق حكمها بأن تكون الجريمة التي أتاها في الخارج - بكامل جزئياتها - جنابة أو جنحة تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية، سواء كان مرتكبها فاعلا أم شريكا، وطنيا أم أجنبيا، بل ولو كان مرتكبها مدنيا، وكانت الجريمة التي ارتكبها بتمامها في الخارج، من جرائم القانون العام.

ثانيهما: تجويزها أن يقدم للشخص إلى المحكمة العسكرية ذات الاختصاص، حتى تجازيه مرة ثانية عن ذات الجريمة التي حوكم عنها في الدولة التي ارتكبها فيها، ولو كان قد

نفذ عقوبتها بكاملها، أو كان مقدار عقوبتها في قانون الدولة الأجنبية، أشد من العقوبة المقررة لها في قانون الأحكام العسكرية. فإن كانت أقل، تستنزل مدتها من العقوبة الجديدة.

وفي ذلك مخالفة للمستور، ذلك أن الشخص لا يحكم أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، وإلا كان ذلك عدوانا خطيرا على الحرية الشخصية، يذلل منها بغير الوسائل القانونية المسلحة.

٦٣٣- وإذا كان من المقرر قانونا، ألا تطبق أحكام قانون العقوبات -رباعه القتلون العام- فيما ورد به نص خاص في قانون الأحكام العسكرية، فإن كل جريمة نص عليها هذا القانون، تعتبر معقبا عليها بالعقوبة التي حددها لها، ولو كان قانون العقوبات يقرر في شأن الجريمة عنها جزاء أقل.

ودليل ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٣ من قانون الأحكام العسكرية، من معقبة من يسرق من العسكريين نقودا من زميله بالاشتغال للشفقة المؤيدة أو بجزاء أقل منها منصوص عليه في هذا القانون. وهي عقوبة تزيد وطأتها بكثير على عقوبة الجنحة المقررة عن هذه الجريمة ذاتها في قانون العقوبات.

٦٣٤- ويبدو غريبا كذلك نص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية التي تعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بالعقوبات المقررة للجريمة الأصلية، إلا إذا نص للقانون على غير ذلك.

وتشديد العقوبة على هذا النحو، وإن توخى تحقيق الردع العام -على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون- إلا أن نسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة في كافة الجرائم المنصوص عليها في قانون الأحكام العسكرية، ينالض الأصل المقرر في المادتين ٤٦، ٤٧ من قانون العقوبات التي تقرر للشروع في الجنابة عقوبة أقل من العقوبة المقررة أصلا للجريمة التامة، وتنص ثانيتهما على أن يحدد المشرع الجنب التي يعاقب على الشروع فيها، وكذلك عقوبة هذا الشروع.

وليس مفهوما بالتالي أن يكون البدء في تنفيذ فعل بقصد إتيان جنابة أو جنحة، مساويا في أثره لجريمة تم ارتكابها.

ونص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية، استثناء من لقواعد العامة في قانون العقوبات، فلا يجوز التوسع في تفسيره، ويتعين بالتالي أن يقتصر تطبيقها على الجرائم العسكرية بمعنى الكلمة، وأن تقتيد المساواة التي فرضتها، بين عقوبة الجريمة التامة والشروع

فيها، بالعقوبة الأصلية دون العقوبة التكميلية التي لا يجوز أصلاً توقيعها إذا وقف الفعل عند حد الشروع.

٦٣٥- أن حلقنا يتعين أن يفصل بين المدنيين والعسكريين، فلا يمتزجان بما يجعل المدنيين مشمولين في كل أحوالهم بالنظم العسكرية، ولو كانوا غير شركاء في جريمة عسكرية بطبيعتها.

ذلك أن المحاكم العسكرية، وإن جاز تشبيهها فيما تفصل فيه من الجرائم، بالمحاكم الجنائية؛ إلا أنها تختلف في إجراءاتها وطبيعة القواعد التي تطبقها^(١). بما لا يوفر للمتهمين المائلين أمامها لحد أدنى من الحقوق التي تحول ضد إعانتهم. وهو ما يفصلها وأعمالها وقانونا عن محاكم القانون العام، وعلى الأخص بمراعاة ما يأتي:

أولاً: أن خطأ المحكمة العسكرية سواء في مجال تقريراتها الواقعية أو في إنزالها لحكم القانون عليها، لا يفتح به طريق الطعن على أحكامها؛ لا أمام المحكمة المدنية الأعلى في موقعها من التنظيم القضائي القائم؛ ولا أمام محكمة عسكرية أعلى من المحكمة التي صدر الحكم عنها.

ذلك أن نهائية أحكامها ترتبط بالتصديق عليها وفقاً لأحكام المواد ٩٧ إلى ١٠١ من قانون الأحكام العسكرية التي تخول رئيس الجمهورية -وبوصفه قائد أعلى لقواتها المسلحة- سلطة التصديق على الأحكام القضائية التي عينتها المادة ٩٨ من هذا القانون، والتي تنحصر في تلك الصادرة بعقوبة الإعدام أو بالطرد من الخدمة. وفيما عداها تكون سلطة التصديق من اختصاص من يفوضه من الضباط. وللضباط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق، أن يفوض غيره في ذلك. وهو ما يناقض القواعد الممثلة بها في القانون العام التي لا تجزئ التفويض في التفويض.

ثانياً: أن قانون الأحكام العسكرية، وإن خول رئيس الجمهورية سلطة التصديق على الأحكام القضائية الصادرة بالإعدام أو بالطرد من الخدمة؛ إلا أن هذا القانون أغفل بيان حدود هذه السلطة؛ ولكن ذلك القانون حدد نطاقها إذا كان المصدق من الضباط الذين يفوضهم رئيس

(١) تنص المادة ٩٦ من قانون الأحكام العسكرية. على أن تطبق محاكم الميدان القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، ولها عند الضرورة عدم التقيد بها مع عدم الإخلال بحق المتهم في الدفاع عن نفسه طبقاً للقانون.

الجمهورية في ذلك، أو كان المصدق قد تلقى التفويض بذلك من الضابط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق.

إذا يجوز لهؤلاء وهؤلاء من الضباط إبدال العقوبة المحكوم بها، أو تخفيفها بقوة أقل منها، أو إلغاؤها كلها أو بعضها؛ أو وقف تنفيذها كلها أو بعضها، أو إلغاء الحكم مع حفظ للدعوى؛ أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى^(١).

ولكن خول هذا القانون للضابط المصدق، بأن يحل -على النحو المتقدم- من العقوبة المقضى بها في الأحكام التي لا يدخل التصديق عليها في اختصاص رئيس الجمهورية؛ إلا أن الضابط المصدق لا يلتزم قانوناً بأن يورد أسبابها لتحديد العقوبة المحكوم بها، إلا إذا أُلغى الحكم مع حفظ الدعوى، أو أمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى.

ثالثاً: ولما كان القائم بالتصديق، فإن هذه السلطة، يعيها أمران جوهريان:

أولهما: أن من يباشرها لا يتقيد بضوابط حددها المشرع سلفاً، مستهضاً بها رقابة حقيقية -لا تحكمية- تباشرها سلطة التصديق على الأحكام التي تعرض عليها للتحقق من صحتها في تقريراتها الواقعية وأسبابها القانونية. ولا تعبر بالتالي سلطة التصديق، جهة طعن بمعنى الكلمة.

كذلك فإن توزيع سلطة التصديق بين رئيس الجمهورية والضابط المفوض فيها، يفترض أن يتقيد كل منها بنطاق ولايته التي حددها القانون.

بيد أن قانون الأحكام العسكرية نقض هذا الأصل بنص المادة ١٠١ التي تقضى بأنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها تخرج عن سلطة الضابط المصدق؛ فعليه أن يرفعها إلى السلطة الأعلى المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون، ما لم يبدل الضابط المصدق العقوبة المحكوم بها بغيرها، أو يحذفها أو يخففها حتى تدخل في نطاق العقوبة التي يجوز أن يصديق عليها.

وهو ما نراه مخالفاً للدستور. ذلك أن قواعد الاختصاص لا يجوز توزيعها إلا بقانون. فإذا حل الضابط المصدق -بقرار يصدره- محل رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق

(١) يلاحظ أن سلطة إبدال العقوبة أو تخفيفها أو إلغاؤها أو وقف تنفيذها أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى، مخولة بصريح نص المادة ٩٩ من قانون الأحكام العسكرية للضابط المصدق. أما سلطته رئيس الجمهورية في التصديق المبينة في المادة ٩٨ من هذا القانون، فمخولة لرئيس الجمهورية. وهو لا يعتبر ضابطاً مصدقاً.

التي يبشرها وفق القانون؛ كان ذلك عنواناً على ولاية شبيهة بالولاية القضائية، وإن لم تكن لها خصائصها.

فضلاً عن أن سلطة التصديق على الأحكام، تحور من بدليتها. فإذا وزعها المشرع بين جهتين، تعين ألا يتدخل.

ثانيهما: أن سلطة التصديق وإن كان ينظر إليها بوصفها شبيهة بمحكمة الطعن، إلا أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها.

ذلك أن محكمة الطعن لا تبشر وتظفيتها في مراجعة الحكم المطعون فيه إلا على ضوء الأسس التي قام عليها ولغا وقتونها، لتقوم اعوجاجها إذا بان لها لصورها أو مخالفتها للقانون.

ولا كذلك سلطة التصديق التي لا تنقيد مباشرتها بضوابط يلتزم بها من يبشرها. وإنما هي سلطة تقديرية مطلقة يحل بها المصدق من العقوبة المقضى بها وفق هواءه أو وفق الأوامر التي تصدر إليه من السلطة الأعلى، فلا تكون إلا قوداً خطيراً على الحرية الشخصية.

المبحث الثالث عشر

تقييم قانون الأحكام العسكرية

٦٣٦- ويظل قانون الأحكام العسكرية معييا في صياغته، قاصرا عن ضبط معانيه، وربطها بما يكفل اتساقها وتوافق عناصرها. فلا تكفل لها الوحدة العضوية المرجوة، ولا يتحقق ترتيبها فيما بينها وفق أسس علمية تقوم بثباتها، وتوجهها لضمان الأغراض المقصودة منها.

ويحكم هذا القانون نظرة مبدئية قوامها علو النظم العسكرية على النظم المدنية، واستقلالها عنها في إجراءاتها، بما يخل بنطاق الحقوق الجوهرية التي تكفلها للخاضعين لها.

بل إنها تجر إلى منطقة تطبيقها مدنيين يفترض خضوعهم لتواعد القانون العام^(١) وتعرضهم على لقضاء يعينهم القادة في وحداتهم، بما يؤكد تبعيتهم لهم ويذل من استقلالهم، وبما يعزل المدنيين كذلك عن قضائهم الطبيعيين الأحق بالفصل في جرائمهم.

٦٣٧- ويزيد الأمر تعقيدا في النظم العسكرية، أنها تفول سلطاتها القضائية أن تقرر بنفسها، وأن تتفرد وحدها، بتحديد ما يدخل أو لا يدخل في اختصاصها من الجرائم، وكأنها بذلك فوق الهيئات القضائية جميعها، بما فيها المحكمة الدستورية العليا التي اختصاصها قانونها دون غيرها- بالفصل في كل تنازع على الاختصاص، إيجابيا كان هذا التنازع أم سلبيا^(٢).

وكان يتعين بالتالي أن تقوم محكمة مدنية أعلى بمراجعة أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لمجرد تقويم ما اعوج منها سواء في مجال ولايتها بنظر الدعوى الجنائية، أو تقدير وقائمه وتطبيق حكم القانون عليها- وإنما لأن طرق الطعن في الأحكام -وعلى ما قرره المحكمة الدستورية العليا- لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية لتصويبها وبيان وجه الخطأ فيها،

(١) تنص المادة ٢٠ من مشروع دستور ١٩٥٤ الذي أعدته لجنة الخمسين على ما يأتي:

٣- يحاكم أحد إلا أمام القضاء العادي. وتحظر المحكمة أمام محاكم خاصة أو استثنائية. ولا يحكم مدني أمام المحاكم العسكرية. كذلك تنص المادة ١٨٤ من هذا المشروع على أن يُنظم قانون خاص المحاكم العسكرية ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيما يتولون قضاءها. ولا يكون لهذه المحاكم اختصاص إلا في الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة.

(٢) ما نص عليه قانون الأحكام العسكرية من أن تفصل السلطات العسكرية وحدها -بما فيها النيابة العسكرية- فيما يدخل في اختصاصها أو لا يدخل، يدل على استخفاف العسكريين بالمدنيين وبالنظم التي يحكمهم

وإنما هي في واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها عائداً أساساً إلى افتتاح هذه الطرق أو إنغلاقها. وكذلك إلى التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية في مجال النفاذ إلى فرصها^(١).

يؤيد هذا النظر، أن سلطة التصديق على الأحكام العسكرية ليس لها خصائص طريق الطعن القضائية، ولا هي تتخذ مسلكها، ولكنها تتمحض عن سلطة تقديرية مطلقة تعدل من العقوبة المحكوم بها -إدالاً أو تخفيفاً أو إلغاء- أو تقيها، دون أن تنقيد في ذلك بقواعد قانونية حددها المشرع سلفاً لضبطها. خاصة وأن القائلين بالتصديق، يكونون غير مجازين في الحقوق غالباً، ولا يعينهم في الأحكام التي يصنفون عليها، وجه إخلالها بالحرية الشخصية التي لا يجوز إبدال خمار عليها لطمسها، ولا إيهانها من خلال انتهاكها بغير حق، وإنما يرتبط تصديقهم عليها بقدر تعبيرها عن السياسة التي يؤمنون بها، والتي يحرصون على تطبيقها في وحدتهم، ولو نقص هذا التطبيق، لوضع النظم القانونية القائمة ومتطلباتها.

وهو ما يحتم فتح طريق الطعن المدني في أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لضمان تعدد درجات التقاضي في جرائم خطيرة قد تصل عقوبتها إلى الإعدام، وإنما لأن المحاكم العسكرية تنظر في تكوينها إلى ضمانات استقلالها عن القادة الذين يعيّنون قضائتها، وإلى تجردها عن الإحياز لغير الحق، ما دلم قضائتها جميعهم من الضباط -تابعين عملاً لرؤسائهم، يتلقون تعليماتهم، ويتجنّبون إعضائهم، ولو نص المشرع على استقلالهم.

هذا فضلاً عن سوء فهم المحاكم العسكرية لحقيقة النظم التي تباشر ولايتها في نطاقها. ذلك أن هذه المحاكم تنظر إلى سلطة الردع الكامنة في الجزاء الجنائي، وكأنها غاية نهائية لا يجوز أن تتحول عنها، لتحدد على ضوئها خطاها.

وكثيراً ما حملها هذا الاعتبار على ألا تعطى الدعوى الجنائية التي تنصل فيها، حقها من الأدلة حتى تحيط بها عن بصر وبصورة، ولو أضرب ذلك بحقوق المائلين لها، ليس فقط فيما يتعلق بالمعاونة الفعالة التي يتوقعونها من محاميهم، ولكن كذلك في المرحلة السابقة عليها التي كثيراً ما تؤثر بدرجة خطيرة في مركز المتهمين إذا ما حجّوا عن محامين يقدمون لهم يد العون في مرحلة حرجية يكونون خلالها وراء جدران مغلقة.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم ٧ ص ١٢٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وحتى أثناء سير الدعوى الجنائية، فإن للنظر إلى سلطة الردع بوصفها محورا لها، مؤداه اندفاع الفصل فيها في غير تمهل واختصار لإجراءاتها واختزالها، بما يفقدها ضماناتها، ويحيل الحكم الصادر فيها إلى قضاء مبشر بنقلهم محاكمتهم بطريقة منصفة بذاتها تسرع في إجراءاتها يطلق بها في غير تبصر، أو بطء ملحوظ فيها يؤخرها دون مقتضى، وعلى الأخص كلما كان هذا للتأخير مقصودا أو جسيما. وإنما هي بين هذين الأمرين قول لوكون ضابطها الاعتدال. فلا تزيد مدة الفصل فيها أو تقل عما يعتبر حدا زمنيا معقولا للتقدير وقائعها، وفحص أوجه اندفاع فيها، وإزالة حكم القانون عليها، ومراعاة أن الأضرار الناجمة عن تأخر الفصل في الاتهام الجنائي، تقتضى، فلا يكون إثباتها مطلوبا^(١).

يؤيد هذا النظر كذلك ما تنص عليه المادة ٦٨ من الدستور من وجوب الإسراع في الفصل في القضايا. ذلك أن إسراع الفصل فيها، وإن كان لا يفيد تمجيلها وإصدار حكم فيها قبل تحقيق عناصرها، إلا أن هذا الإسراع، لا يقتضى كذلك أن يكون الفصل فيها متراخيا دون مقتضى، إذ يتعين أن يتوافر لكل خصومة قضائية نصيبها العادل من الاهتمام، دون تفریط أو إفراط.

وتلك هي الفريضة التي لا تزال غائبة عن الجهات القضائية جميعها^(٢). وهي فريضة يقتضيها نص المادة ٦٨ من الدستور باعتباره قاعدة أمرة لا توجيحية، فلا يترخص أحد في القبول بها أو إهدارها. والنظم القانونية جميعها بما في ذلك العسكرية منها، مخاطبة بهذه الفريضة. وعليها النزول عليها حتى يطمئن كل متهم على مصيره. فلا يتقرر هذا المصير بقضاء مندفع تهورا، ولا بقضاء متوان تخذلا.

ولم يكن غريبا في إطار المفاهيم التي تقوم المحاكم العسكرية عليها، أن تقرر محكمة النقض، أن نصوص قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، ليس فيها ما يفيد صراحة أو ضمنا - أفراد القضاء العسكري وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، إلا فيما يتعلق بالأحداث الخاضعين لأحكامه، وأن ما تقرره المادة ٤٨ من هذا القانون من أن السلطة القضائية العسكرية وحدها، هي التي تتحد ما إذا كان الجرم داخلا في

(١) المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية العدد رقم ٨ في ١٩ فبراير ١٩٩٨.

(٢) انظر في ذلك بند ١٠ من ص ١٦ من مقدمة الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا خلال الفترة من أول يوليو ١٩٥٦ حتى آخر يوليو ١٩٩٨.

لختصاصها أم لا، يناقش ما تنص عليه المادة ١٦٥ من الدستور من أن تحديد اختصاص الهيئات القضائية لا يكون إلا بقانون^(١).

٦٣٨- على أن للنظم العسكرية في الدول كافة، تزداد صرامة تطبيقها في زمن الحرب التي تنطلق الجيوش خلالها للدفاع عن الوطن إزاء مخاطر حقيقية يتهدد بها وجوده، فلا يكون ضبط تحركاتها، والسيطرة عليها، وفرض النظم الدقيقة على ضباطها وجنودها، إجراء منفصلا عن خطورة المهام التي تقوم عليها؛ ولا عن السلطة الكاملة التي ينبغي أن تكون لقادة الجيوش عليها؛ ولا عن ضرورة إلزامها بتنفيذ الأوامر التي يصدرونها لها بصلاية لا تقهر، ويطاعة عمياء لا تبصر، وعلى الأخص كلما كان عمل هذه الجيوش ولقما فيما وراء حدودها الإقليمية، أو مقتضيا تعاونا أو تحالفا مع جيوش لجنوية تعضدها وتشد أزرها، بما يعمق مسؤوليتها في إطار قواعد القانون الدولي العام التي تحكم الحروب التي تعلنها إحدى الدول أو تشنها. فلا تعتبر شئونها عملا داخليا، ولو جاوز رئيس الجمهورية سلطاته الدستورية في مجال إعلانها أو شنّها.

ذلك أن قيام حالتها The state of war يعتبر شأنًا دوليا يقيد الوطن في نتائجه القانونية، سواء في الدول البسيطة، أو على صعيد الدول الفيدرالية التي تتعقد سلطة للحرب فيها وبالنظر إلى خطورة نتائجها وارتباطها بالمسؤولية الدولية للحكومة الفيدرالية دون غيرها لتبشيرها كسلطة لا تنقسم أو تتوزع بينها وبين ولايتها أو مقاطعاتها حتى لا تعلن الحكومة حربا عدوانية تمنعها قواعد القانون الدولي العام؛ ولتكون حربها الدفاعية واقعة في إطار قواعد هذا القانون، وإن جاز القول بأن التدابير الدفاعية قد تقتضى أحيانا حربا هجومية لكسر شوكة العدوان في مقله، ومطاردته في قواعده، بما يجعل الفصل بين التدابير الدفاعية في بدء حركتها من جهة؛ وما تؤول إليه في تطورها من اقتلاع العدوان من جذوره من جهة أخرى، من المسائل الدقيقة التي لا تفلح القواعد القانونية في إيجاد حل لها، وإنما تتدخل فيها عوامل شتى تزيد من تعقيداتها.

(١) "محكمة القضاء" - المعلن رقم ٤٧١٦ لسنة ٥٦ قضائية - جلسة ٤ فبراير ١٩٨٧ - السنة ٣٨ جنائي - جزء أول - ص ١٩٤.

الباب الثالث

القوانين الجنائية وصلاتها بالحق

في الحياة وفي الحرية وفي الملكية

الفصل الأول

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية

المبحث الأول

الضرورة الاجتماعية مناط للتجريم

٦٣٩- لا تتوخى القوانين الجنائية مجرد تحقيق الردع، ولكنها غايتها أن تحفظ لبنيان الجماعة وقيمها، تامة كما حتى لا تنفط.

ولئن كان شأن القوانين الجنائية شأن غيرها من القوانين في اتجاهها إلى ضبط أفعال الأفراد في علاقتهم بمجتمعهم، وفي صلاتهم ببعض، إلا أن القوانين الجنائية تفارق غيرها من القوانين في أنها تعدد للمخاطبين بها - وبصورة جازمة لا تحتل تأويلاً - ما لا يجوز القبول به من مظاهر سلوكهم من وجهة نظر اجتماعية Socially intolerable conduct، وأن تسيطر عليها بوسائل منطقية، يكون القبول بها ممكناً في إطار الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها.

فلا يكون السلوك المحظور جنائياً، غير تعبير عن هذه الضرورة التي يرتبط بها الجزاء الجنائي في نوعه ومقداره^(١).

٦٤٠- وصار من المسلم ألا يتعلق جزاء واحد بالجرائم جميعها؛ ولا أن يطبق جزاء بأثر رجعي؛ ولا أن يكون الجزاء مبالغاً بقسوته ضوابط الاعتدال؛ ولا مهيناً بما يهدر أسمى الفرد.

ولما يكون لكل جريمة جزؤها الخاص بها، محدداً وفق الضرورة التي شكل المشرع على ضوءها بنيان الأعمال التي أنمها. فإذا كان الجزاء مبالغاً قدر هذه الضرورة، خرج على متطلباتها، وصار ضاراً بالجماعة ذاتها. ذلك أن الجماعة لا توثق عراها بروابط مادية تنضم

(١) "مستورية عليا" للقضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢١٠ -

ص ٤٠٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

أفرادها إلى بعض؛ إنما يتحقق للجماعة ترابطها، واتصال أفرادها ببعضهم عن طريق قيم تظلمها، وضوابط للملوك تصوغها؛ فلا يكون تخلفها عنها، أو تكريطها فيها، أو تراخيها في الحمل على النزول عليها، غير إيدان بتصدع بنيان الجماعة ذاتها.

وإذا كانت المفاهيم المتقدم بيانها، تمثل من القوانين الجنائية ثوابتها التي لا تقبل التغيير، إلا أن هذه القوانين تختلف فيما بينها في شأن ما تراه سلوكا مقبولا أو مرفوضا من وجهة نظر اجتماعية. ذلك أنها تأخذ في اعتبارها أمرين يفتاوتان من جماعة إلى أخرى، وأحياننا داخل الجماعة ذاتها:

أولهما: الأهمية الأكيدة لمصلحة اجتماعية بذاتها The Current importance of particular social interest

وثانيهما: أبعاد النزعة الإجرامية للجنة ودرجة خطورتها The dangerous propensity of the offender.

وإذا كان الاعتبار الأول يركز على الجريمة من منظور خطورتها على مصلحة الجماعة فنظر أهميتها في زمن معين، ولا يصلح لضمائنها غير الجزء الجنائي؛ فإن الاعتبار الثاني يركز على الفرد من جهة سلوك مؤلخذ عليه جنائيا كان مقصودا من جهته حين أثناء، ودالا على توجهه إلى الجريمة، وميله إلى العودة إليها.

وهذا الاعتبار هو الذي يفرق بين الجناة الذين لا يمثلون بذامة في نشأتهم أو بيئتهم، ولا في الأوضاع التي دفعتهم إلى الجريمة. ويستحيل صبهم بالتألي في نماذج مطلقة لا يرمون عنها، وكأنهم من قواها التي لا تتبدل، والتي يصيرون بإلزامهم فيها، فريقا واحدا يتوافق أفرادها في ظروفهم، ويلتفون فيما بينهم في نزعتهم الإجرامية؛ يعبرون عنها بالوسائل ذاتها، وبالأفكار عينها؛ وبالإرادة نفسها، سواء في قدر تصميمها على الفعل المؤثم قانونا، أو في درجة توجهها إلى نتيجته.

فلا تتباين خياراتهم، ولا تتحدد طرق تفهم في الحياة. وإنما هم سواء في نظرتهم إليها، وفي تقييمهم لعوامل الخير والشر فيها؛ وفي قدر تصميمهم على النزوع إلى الجريمة، ووسائل لتجهيز لها وتكبيرها. وليس ذلك من الحقيقة في شيء، فالجريمة لا تحركها وحدة الاتجاه بين مفاقيها، وإنما الأصل فيها أنها عارض بطراً على حياتهم بما يبدلها إلى الأسوأ.

٦٤١- وكان منطقياً بالتالي أن نزول القوانين الجنائية بين أمرين: أولهما: الطبيعة النوعية للقيم الخلقية الكامنة وراء الملوك منظورا إليها من زاوية اجتماعية.

ثانيهما: الطبيعة الشخصية لنوزع الشر والحدوث التي تصور الحالة الذهنية للجاني لحظة ارتكابه الجريمة.

ولئن كان الشخص -في المفاهيم التقليدية القديمة- يعتبر مسئولاً عن كل فعل أشاء إذا أضر بنفس أو بمال غيره، ولو لم يبلور هذا الفعل سلوكاً مقصوداً دالاً على حالة ذهنية واعية؛ إلا أن النظم الجنائية في تطورها الرأسمالية، تولي اهتمامها لتلك الحالة الذهنية كأحد العناصر الشخصية التي يتخذ فصلها عن الجريمة في مانتها. بل إن هذه النظم تنظر إلى الجريمة الأكثر خطراً من الوجهة الاجتماعية، باعتبارها مقتضية تحقيقاً أشمل وأعمق في الحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين ارتكابه.

ذلك أن هذه الحالة هي التي تنشئ بقدر إدراكه للقيم التي تغطي عليها، ودرجة وعيه بالأفعال التي ارتكابه، وخطورته بالتالي على الجماعة التي يعيشها.

فلا يكون الجزاء الجنائي غير تقدير من الجماعة لتكبير تراه كافياً لقمع الجريمة، أو للقصاص من فاعلها. وهو جزاء يرتبط بقمع الجماعة التي تركت بعض جنورها إلى الدين، لتتلور هذه القيم في مجموعها إطار القوانين الجنائية، ونطاق الضرورة الاجتماعية التي توجهها.

ولئن جاز القول بأن تلك القيم متطورة بطبيعتها؛ وأن معاييرها غير ثابتة؛ وأن بعض ملاحظاتها قد تتراجع لتحل محلها مفاهيم تغايرها؛ وأن أهمية الدين وضرورته قد تتآكل، وقد يفقد مكانته بصفة كلية أو جزئية، بما ينال من القيم التي يروج الدين لها، خاصة عند هؤلاء الذين يرونها مناقضة للحقائق المادية في الحياة، وما تتوخاه من ضمان حق الناس جميعهم في الرخاء الاجتماعي، وتحقيق السعادة التي يعملون من أجلها بغض النظر عن العقائد جميعها، إلا أن هذه الحقائق المادية لا يجوز أن تمثل إطاراً نهائياً للقيم التي تعكسها القوانين الجزائية، ولا أن تفرض عليها تساهلاً أصعق، أو تسامحاً أبعد في مجال القيود التي تقتضيها من الأفراد في سلوكهم داخل الجماعة.

ذلك أن هذه القوانين لا تزال في أساسها قوانين للنعم الخلقية التي ارتضتها الجماعة، والتي يتحدد على ضئونها ما ينبغي أن يفعل كل فرد فيها، وما لا يجوز أن يفعل من زلوية اجتماعية Do's and dont's لا تعرض القضية هذه القوانين في أولرها ولواهيها، على من يخالفونها بكل القوة التي في أيديهم^(١).

(١) انظر في ذلك

1. Johnson's Cases, Materials and text on criminal law, fourth edition, 1988.
2. Carlson's adjudication of criminal justice. Problems and references, 1986.
3. Abram's federal criminal law and its enforcement, 1986.
4. American criminal justice process: selected rules, statutes and quidelinens, 1989.
5. Langbein's Comporative criminal procedure: Germany, 1977.
6. See also: Lambert. v. California, 355 U.S. 225, 1957.
7. Philip. E. Johnson, Criminal Law, cases, materials and text, fourth edition, pp. 1-61.

المبحث الثاني تطور القوانين الجنائية

٦٤٢- تقتصر لقانون الجنائي في البداية على جرائم القانون العام التي ألغها الناس في أعرافهم في محيط اجتماعي معين Customary law common to all the realm، كالقتل والحريق. إلا أن هذا القانون جاوز في العمل حدود هذه الدائرة الضيقة، وانتقل إلى محيط أوسع خاصة بعد تطور الجماعة في احتياجاتها، وتعد وسائلها في الحصول عليها، وتركز سكانها، وتداخل علاقاتهم وتشابكها وتنوع صورها، وتزايد فرصهم في النفاذ إلى الحقائق العلمية التي تنبثق على ضوئها أشكال الجريمة، وأدواتها وطرق إخفاؤها، بل وتنظيمها في إطار معقد، وبقاعدة أعرض.

ومصار ينظر إلى الجزء الجنائي في مواجهة هذا التطور باعتباره بديلا عن صور الجزء القاصرة التي ينص القانون للمعنى عليها، وأداة لا محيص عنها لعمل الجناة المحتملين على التغلغل على الجريمة، إذا قدروا أن ما يغمونوه من فائدة منها، أكل مما يتوقعونه من قصاص عنها.

٦٤٣- وتظل القوانين الجنائية -وهي من عمل المشرع- الأداة الأكثر فعالية لفرض للنظام العام وتحقيق استقراره من منظور قوة الردع الكاملة فيها، والتي ترد عن الجريمة جناة محتملين، خوفا من عقوبتها التي تقيد حريتهم إذا هم قار فوها.

فلا تكون قوة الردع هذه، غير قوة طاردة للجريمة، وناهية عنها في آن واحد.

بيد أن القوانين الجنائية قد تكون أداة قهر أو وسيلة إصلاح اجتماعي بالنظر إلى السياسة التي ينتهجها المشرع في مجال إقرار القوانين الجنائية التي لا يصلحها أن تكون تعبيرا عن طغيان السلطة، وإنما بقيتها على سوائها أن تبلور في مواجهة الجماعة التي تنظمها، رد فعل مرت لاحتياجاتها في زمن معين. فلا تكون هذه القوانين ضربا من الخيال، ولا اقتحاما غير متبصر لطرق لا يعرفها أحد. وإنما تصاغ من منظور واقعي، وعلى ضوء ضرورة فعلية -لا وهمية- وبمراعاة احتياجاتها التي لا يفترض دوما أن تتعاصر معها القوانين الجنائية.

إذ من المتصور أحياناً أن تبصر هذه القوانين تلك الضرورة بعد أن تتوافر إرصاداتها التي تنبئها بها، ولكنها تتراخى عن مواجهتها وإن كان لا يجوز لها أن تقدمها، ولا أن تتأخر عنها بخطى بعيدة.

وهذه الضرورة -منظوراً في تحديدتها إلى أوضاع الجماعة ومتطلباتها- هي التي يتعين تمييزها عما يطرأ عليها من عوارض لا تصيبها في صميم مصالحها، أو جوهر توجهاتها؛ ولكنها تكون محدودة في أثرها، موقوفة في زمنها، معبرة عن أوضاع مرحلية مألها إلى وزال. وليس لها بالتالي من عناصر الاستقرار ما يكفل ثباتها، فلا تنظمها القوانين الجنائية التي يتعين أن تظل سارية لأجال معقولة، بما يكفل قدرتها على مواجهة أوضاع لها من دواها ما يرشح لتنظيمها بنصوص قانونية تكفل تكيفها معها؛ ومن وضوحها ودرجة أهميتها ما يقتضى للتدخل بالجزاء الجنائي لتأمين المصالح الحقيقية التي ترتبط بها، من العدوان عليها.

ومن مجموع هذه العناصر، تبلور تلك الأوضاع، نطاق الضرورة الاجتماعية التي تقوم عليها النظم الجنائية، أخذة كذلك في اعتبارها أن الأفراد هم محورها، فلا يصوغ المشرع هذه النظم كإداة توجهها السلطة السياسية لإجماع خصومها؛ ولا لقمعهم اجتماعياً؛ ولا لتحقيق أغراض لا رابط بينها. ذلك أن النظم الجنائية منظومة تتكامل عناصرها، وتتوافق توجهاتها، وتتحدد أحكامها على ضوء أثرها على الجماعة، منظوراً إليها في مجموع أفرادها^(١).

(١) Ronald D. Rotunda: Modern Constitutional Law, Cases and Notes, fourth edition, pp. 339 - 384; Edward L. Barrett, William Cohen and Jonathan D. Varat, Constitutional Law, Cases and Materials, eighth edition, pp. 1244- 1252; Gerald Gunter, Constitutional Law, twelfth edition, pp. 411, 429; Gerald Gunter, Individual rights in Constitutional Law, fifth edition, pp. 82 - 100.

المبحث الثالث

الجزاء الجنائي - من منظور عام

المطلب الأول: مفهوم الجزاء الجنائي

٦٤٤- ليس للجزاء الجنائي إلا عقابا ولما في إطار اجتماعي. وكلما كان قاسما صار محظورا. بل إن بعض الدول تعتبر توقيعه جريمة معاقبا عليها^(١).

ولا يفترض هذا الحظر، إلا بتمحض الجزاء الجنائي لإلزاما في غير ضرورة، سواء تعلق الأمر بمضمون الجزاء، أو بالطريقة التي يتم تنفيذ بها بعد النطق به. وهو بذلك يتصل من بعض نواحيه، بالكيفية التي يعمل بها المحتجزون في أماكن إيداعهم، وبشروط بقائهم فيها، وأوضاع حياتهم بها. ويرتد هذا الحظر تاريخيا، إلى وثيقة العهد الأعظم Magna Carta^(٢). وصار العمل به جزءا من القوانين المعمول بها في إنجلترا بعد إدراجها في وثيقة إعلان الحقوق بها عام ١٦٨٩^(٣)؛ وكان ما توخاه ابتداء هو مواجهة بعض صور الجزاء التي كان معمولا بها آنذا، والتي تنقسم بطبيعتها البربرية التي يدرج تحتها عرض المدانين في مكان عام تحقيرا لهم واستهزاء بهم، واستزاع أطرافهم، وفصل أعضائهم Decapitation ، وتشزيق أبدانهم^(٤).

(١) حظر التحدي الثامن للمستور الأمريكي توقع أية عقوبة قسرية وشاذة. Cruel and unusual punishment. انظر في معنى العقوبة القسرية.

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1978); David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, 1958, pp.383-420.

(٢) ينص الفصل ٢٠ من هذه الوثيقة (١٢١٥) على ما يلي:

A Free man shall be amerced for a small offence only according to the offence, and for a grave offence he shall be amerced according to the gravity of the offence .

وترجمتها: يعاقب الرجل الحر عن الجرائم الصغيرة وفقا لدرجة الجريمة؛ وعن الجرائم الخطيرة وفق جسامتها. [وهذا هو مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة].

(٣) ينص الفصل العاشر من وثيقة إعلان الحقوق في إنجلترا لعام ١٦٨٩، على ما يلي:

That excessive bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.

(٤) كانت أغلب الجنائيات يعاقب عليها في إنجلترا بالنشق. وفي بعض الجرائم الخطيرة -كجريمة الخيانة-

كان يجوز تشزيق جسد الشخص إلى أجزاء أربعة. وفي المستعمرات الأمريكية كان يتم تحقير المذنبين في ميدان عام بعد ربطهم من أعقابهم وإلبيدهم. وكان الجلد كذلك شالما في جرائم كثيرة، وكان دفن الجناة أحياء عقوبة مسموح بها.

٦٤٥- وصار مفهوما أن العقوبة لا يجوز أن تكون غلوا مجاوزا حد الاعتدال؛ وأن شذوذها من عناصر قسوتها، يندمج فيها ولا يستقل عنها. واليوم يعتبر حظر الإكراه في العقوبة من طبيعة عالمية علي ما تنص عليه المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨^(١).

فلا تكون إلا أمام شيء واحد، هو العقوبة القاسية التي ترفضها المفاهيم التي ألفتها الأمم المتحضرة في مجال النظم العقابية.

ونقرر كذلك أن كل عقوبة جديدة، لا تعتبر بالنظر إلى جنتها وحدها Perse منافية لهذا الحظر؛ وأن قسوتها لا تتحدد فقط بالنظر إلى مضمونها، وإنما كذلك على ضوء انقراط تكاسبها بصورة ظاهرة مع نوع وخطورة الجريمة التي ترتبط العقوبة بها، وعلى الأخص كلما فرضها المشرع بطريقة تحكمية تتجرد من حقائق العدل وتصادمها.

ولا تزال المعايير التي تتحدد على ضوءها قسوة العقوبة مختلفا عليها، وإن وجب القول بأن مجرد وقوع العقوبة التي اختارها القاضي في إطار حدين تقررا بنص تشريعي، ليس كافيا للحكم بدستوريتها؛ وأن قسوة العقوبة، وإن كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها مرادفة للعقوبة البربرية؛ إلا أن تطور المفاهيم الإنسانية وثباتها في موازين الدول الديمقراطية، وأعرافها وطرائق سلوكها، أدخل هذه المفاهيم في مجال العقوبة، وجعلها قيداً عليها تصويبها وتقيدها من غلوها.

وارتبط النظر في دستورية العقوبة بالتالي، بقدر توافقها مع حقائق العدل ورضاء الجماهير عنها، وقبولها بها من منظور المقاييس المتطورة التي التزمها الأمم المتحضرة، والتي تكل على ارتفاع وعيها وحسها، ونضجها.

المطلب الثاني

معايير قسوة العقوبة

٦٤٦- وحتى اليوم لا توجد معايير مقطوع بها تتحدد على ضوءها قسوة العقوبة أو لينها، وإن نعين أن نقرر:

(١) تنص المادة ٥ من هذا الإعلان عن عدم جواز تعذيب أي فرد أو تعريضه لعقوبة أو معاملة غير إنسانية أو محطاة بالكرامة.

أولاً : أن وجود عقوبة الإعدام في بعض النظم، وإمكان توقيعها في نطاقها، لا يخول السلطة التشريعية أن تبدع من خيالها أية عقوبة تراها دونها^(١).

ثانياً : أن العقوبة التي يفرضها المشرع لا تتحدد قسوتها أو اعتدالها على ضوء أرق المشاعر وأعمقها نبلا. وإنما يتعين أن ينظر إلى وقعا على أوساط الناس، وإلى الأوضاع التي ألغوا ودرجوا عليها في وزنهم لخطورة الجريمة، ونوع وقدر العقوبة التي يفرضها المشرع جزاء عليها، وما إذا كان توقيعها في حالة بذاتها يوافق شرط الوسائل القانونية السليمة^(٢).

The idea that punishment could be cruel and unusual not in the abstract, but because it did not "fit the crime" to which it was attached.

المطلب الثالث

معايير عبوة العقوبة تصرف كذاك إلى طريقة تنفيذها

٦٤٧- وحتى وقت قريب، كان ينظر إلى الحكم بدمورية العقوبة التي وقعتها المحكمة على المحكوم عليه، باعتباره منهي لكل نزاع حولها، ولو تعرض من أدین بالجريمة لمخاطر جوهريه، وواجه ألوانا من المعاناة لا قبل لأحد بتنفيذ العقوبة المقرر لها؛ فـولا بأن دستورية العقوبة تكسب بصورها وفق الدستور، أيا كان شأن تنفيذها.

وهو ما لا يجوز القبول به اليوم، على تقدير أن السجناء لا تجوز معاملتهم بوصفهم أرقاء للدولة، تستجدهم وتحطمهم بذابها بعد صبه عليهم، أمة من أن السلطة القضائية لا تقم نفسها عادة في أوضاع السجون وطرق إدارتها وكيفية تعاملها مع المودعين فيها Hands off doctrine، وأن العقوبة التي وقعتها السلطة القضائية في شأن شخص معين أدین بالجريمة، تحمل معها قيودا تنال من الحرية الشخصية. وأن المذنبين بالتالي لا يملكون غير الحقوق التي تكلفها نظم السجون ولوائحها متوخية ضبط الأمن فيها حتى لا يتردد المودعون بها، خاصة وأن من المفترض في القائمين على إدارة السجون، توخيهم تحقيق الأغراض التي تستهدفها النظم العقابية. وهي أغراض يحبطها تدخل السلطة القضائية في كيفية تنفيذها.

بيد أن وجهة النظر هذه، تقتر اليوم إلى مؤيديها. ذلك أن السجون وإن كان لها احتياجاتها التي يقتضيها ضبط الأمن وضمان السيطرة على نزلاها؛ إلا أن احتياجاتها هذه

(١) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958) at 99.

(٢) See, Robert F.Cushman, Cases in Constitutional Law, seventh edition.P.339.

يتعين موازنتها بحقوق هؤلاء، فلا يضرلون في أبدانهم أو عواطفهم تحديا عليهم مسا فتشوا مودعين بها^(١) ولئن جاز بالتالي استعمال القوة لإنهاء تمرد في السجن، إلا أن استخدام القوة الزائدة للسيطرة عليه، لا يعتبر مخالفا للدستور إلا إذا تم بمسوء قصد، وبطريقة سادية Maliciously and sadistically، ولو لم يكن الضرر الذي أصاب السجناء جسما^(٢).

وصار ثابتا بالتالي أن أوضاع السجن يتعين مراقبتها قضائيا، وأن كل قيود تضيفها إلى العقوبة لتزيد من وطأتها؛ لا يجوز القبول بها؛ وأن للمدنيين حقوقا لا يجوز الإخلال بها حتى لقاء سجنهم؛ وأن معاملتهم داخلها بصورة تصفية، يشملها مفهوم العقوبة القاسية المحظورة دستوريا، خاصة إذا أعيقوا عن النفاذ إلى متطلباتهم الصحية، كإدعائهم عرايا في زنازينهم، وحرمانهم من الحصول على أدويتهم.

ولا ينشأ ما تقدم أن تحل للسلطة القضائية محل القائمين على إدارة السجن في أعمالهم، ولا أن تتدخل في طريقة ضبطهم لها. وإنما تتحدد نقطة التوازن فيما جاوزوا فيه المعايير الملحقية التي يقتضيها إشرافهم على السجن الممهد إليهم بإدارتها. وهو ما يتحقق كلما عاملوا نزلا ما بما يتحضر عن إعطائهم أو ترويعهم أو الإضرار بهم، أو حتى التغلبي عن حمايتهم من عدوان رفاقهم عليهم. إذ لا يجوز أن يؤذنيهم أحد أيا كان موقعه؛ ولا إرهابهم بما لا طاقة لهم به؛ ولا إنكار حقوق عليهم تزيد من وطأة عقوبتهم.

وبوجه خاص، لا يجوز أن تهبط أوضاع السجناء إلى ما دون الحد الأدنى من احتياجاتهم التي تتطلبها الضرورة لصون حياتهم مما يتلفها. ذلك إن الإخلال بأقل قدر من الحقوق الجوهرية التي كلها الدستور لهم، أسوأ أثرا من أن يظل شخص راجحة خطورته، مطلق السراح.

ويتعين القول بالتالي بأن الحقوق التي يجوز حرمان السجناء منها هي فقط تلك التي تقتضيها أغراض العقوبة المحكوم عليهم بها. فإن جاوز مقدار الحرمان نطاق هذه الأغراض؛ فإن القيود التي تفرضها السجن عليهم دون مقتض، تعتبر جزءا من العقوبة مضافا إليها، بما يصممها بمخالفة الدستور بالنظر إلى مجاوزاتها قدر العقوبة المحكوم بها عليهم، والتي يمثل استيفاءها حق مجتمعهم في اقتضاها.

(١) Rhodes v. Chapman, 452 U.S.337, 345 (1981); Hutto v. Finney, 437 U.S. 685(1978).

(٢) Hudson v. McMillian, 112 S.Ct. 995, 1000 (1992).

وإذ كان من المسلم أن تأهيل المذنبين يقع في نطاق الأغراض التي تتوخاها الأنظمة العقابية، فإن كل إجراء يتخذه القائمون على إدارة السجون لحملهم الانصياع للقانون والتقيّد بأوامره ونواهي، يعتبر خطوة حيوية في اتجاه إعدادهم لحياة جديدة يعايشون فيها الجريمة بعد الإخراج عنهم، ويردون أنفسهم عنها.

ولا كذلك معاملتهم بما يناقض الدستور والقانون، إذ يشيهم تحكم إدارة المسجن فيهم، وتسلطها عليهم دون ما ضرورة، عن التعاون معها من أجل تأهيلهم للحياة الجيدة التي يملكونها.

بل إن معاملتهم في السجن بما ينقض حكم الدستور والقانون، يعادل في أثره فرض عقوبة قاسية عليهم بغیر مبرر. وبالتالي لا يكون لإيداعهم بها من مقتضى.

ذلك أن القائمين على إدارة السجن، يفتقون الحق في احتجاز المذنبين داخل أسوارها، إذا جبروا عنهم حقوقا يملكونها وفق الدستور والقانون، وكذلك إذا أساءوا معاملتهم من خلال إهانتهم والإضرار بهم باسم القانون.

المطلب الرابع

صور من العقوبة القاسية

٦٤٨- والمفاهيم المتقدمة جميعها، مؤداها:

أولاً: أن العقوبة القاسية لا تنحصر في أشكالها البربرية غير الإنسانية، ولكنها تشمل كذلك كل عقوبة تنفذ بصورة ظاهرة، تنسبها مع الجريمة مطهاً وذلك بالنظر إلى عوالم مختلفة يدرج تحتها طول محنتها أو شؤنها^(١).

(¹) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

Salem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).

Cruel and unusual punishments clause, prohibits not only barbaric punishments, but also sentences that are disproportionate to the crime committed.

النظر ايضا:

O'Neil v. Vermont, 144 U.S. 323, 339-10(1892); Howard v. Fleming, 191U.S.126, 135-36(1903); Weems v. United States, 217 U.S. 349(1910).

وفي هذه القضية الأخيرة قضت المحكمة بأن ارتكاب شخص جريمة تزوير في سجل عام، لا يسوغ توقيع عقوبة عليها منحتها السجن مع الأشغال الشاقة ١٥ عاما يقضيها المسجون مقيدا بالسلاسل الحديدية في أعضائه ومعهه فضلا عن حرمانه من كافة حقوقه السياسية، وإخضاعه لمراقبة الشرطة بعد انتهاء مدة العقوبة.

ثانياً: يتعين أن يؤخذ بمعايير موضوعية في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة، وهي معايير يندرج تحتها في الدول الفيدرالية:

١. درجة خطورة الجريمة ومبلغ لاندفاع العقوبة.
٢. العقوبة التي وقعها للقضاء علي مجرمين آخرين لدخل حدود الولاية فني شأن الجريمة ذاتها.
٣. العقوبة المقررة للجريمة عينها في الولايات الأخرى.

ثالثاً: أن العقوبة القاسية شأنها شأن الخرامة المغالي فيها، كلاماً يتمحص علواً ويبلور بالتالي سلطة مطلقة Unrestrained power. غير مقيدة بقيم العدل التي لا يجوز التخلي عنها.

رابعاً: لا تجوز معاقبة شخص لمن تعاطي الكحول. ذلك أن عقوبة علي هذا النحو تعتبر جزءاً علي حالة مرضية تتصل به، وتصلبه عضوياً علي الإغراق في تناول الخمر Addiction to the use of drugs. وهي حالة لم تقترن بأفعال أتاها تشكل في مفهوم القانونين الجزائية سلوكاً معاقباً عليه قانوناً ولا يجوز بالتالي معاقبتهم جزائياً" علي حالتهم هذه التي لم يصحبها إثباتهم أفعالا جرمها المشرع. وكل جزء علي حالة قائمة أيا كان سببها Mere status يعتبر قاسياً ، ولو كان لمدة قصيرة (١).

خامساً: لا شأن لمفهوم العقوبة المحظورة دستورياً، بالنظم العدنية. ذلك أن العقوبة القاسية التي حظرها الدستور تفترض:

١. تحديد صور وأنواع الجزاء التي يجوز توقيعها علي الجناة المدانين بارتكابهم لجريمة.
٢. حظر كل جزاء يخل -في إطار المفاهيم المعاصرة- تناسبه بصورة ظاهرة مع خطورة الجريمة أو جسامتها.
٣. تقرير قيود موضوعية علي الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقابها. وتلك جميعها ملاحق تفرد بها النظم الجنائية (٢).

(١) Robinson v. California. 370 U.S. 660 (1962).

(٢) Ingraham v. Wright. 430 U.S. 651. 667 (1977).

سادسا : لا يجوز لقاض أن يدخل في تقديره العقوبة ما لم تطرح عليه، من عناصرها، كسخط الجماهير علي المتهم أو تعاطفها، وعمق غضبها من فعله أو تسامحها^(١).

ولا كذلك الظروف التي تتعلق بشخص ضحية الجريمة، أو نوع الأضرار التي سببها لمائلته، كالصدمة للمنفقة أو الألام النفسية أو الخسارة للفاحشة التي ألحقها بها. إذ يجوز أن يدخلها القاضي في اعتباره لتحديد مقدار العقوبة التي يوقعها^(٢).

سابعا : ويمكن القول بوجه عام، أنه كلما كان الإجراء قاسيا بالنظر إلى الآثار المدمرة التي يربتها، فإن موضوعية الإجراء، يكون أكثر أهمية إذا توخينا أن يكون إجراء معقولا^(٣) ومبررا بوضوح في مجتمع ديمقراطي حر^(٤).

The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(١) California v. Brown, 479 U.S. 538 (1987).

(٢) Payne v. Tennessee, 510 U.S. 808 (1991).

وقد عدلت المحكمة على حكمها في القضية السابقة وذلك في قضيتة.

Booth v. Maryland, 482 U.S. 496 (1987).

(٣) Frank Iacobucci, Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, in Human Rights and Judicial Review - A Comparative Perspective 1994, volume 34, p.120.

المبحث الرابع المركز الخاص لعقوبة الإعدام

٦٤٩ - لا تعتبر عقوبة الإعدام عقوبة قاسية. ذلك أن كثيرا من النظم الجنائية لا تزال تطبقها، والقبول العام بها لا يمنعها^(١).

وهي تلور الحق في القصاص في حكم الله تعالى. ولئن قال البعض بأن هذه العقوبة تنافي كرامة الإنسان، وإنها غير خلقية وتنتم بالمغالاة، وأن توقيعها يتعلق غالبا بالفقراء الذين لا يملكون المورد الكافية التي ينهيا لهم بها فرص الدفاع عن أنفسهم، بما يخل بشرط التكافؤ في المعاملة للقانونية بين المعوزين والقادرين. فضلا عن أن تطبيقها يتم بمنزق الاندفاع وبطريقة تحكمية، وإنها في كل الظروف تحقق هدفا مبررا^(٢).

إلا أن أوجه النقد هذه لا تتصل بعقوبة الإعدام في ذاتها، وإنما بشروط تطبيقها. وهي شروط يتعين أن يحرص المشرع على ضبطها بما ينفي التحكم في توقيعها، ويجعل فرضها مقصورا على الجناة الذين يعمدون بالعمالهم إلى إزهاق أرواح الآخرين. ومن ثم تكون عقوبة الإعدام غير مخالفة في ذاتها Per se للدستور، ولكنها تكون كذلك إذا فرضها المشرع بطريقة أمر لا يكون للقاضي معها ثمة خيار في توقيعها أو إيداعها بعقوبة أقل.

وكذلك تعتبر عقوبة الإعدام مخالفة للدستور إذا لم يحط المشرع بفرضها بضوابط تنفي التحكم في تطبيقها. وهو ما حمل المشرعون على أن يكونوا أكثر حرصا في صياغتها لضوابط هذه العقوبة وموازين أعمالها حتى لا تفرض بصورة آلية.

ومن ذلك أن يحدد المشرع الظروف المخففة والمشددة التي يتعين أن يدخلها القاضي في اعتباره قبل فرض العقوبة. وتظل لعقوبة الإعدام شرعيتها في الدول التي يتجه مواطنوها بوجه عام إلى القبول بها، ويلتزمون إليها بالتالي بوصفها جزاء ملائما وضروريا لا يناهض كرامة الإنسان ولا يحقرها. ولا يجوز بالتالي أن لجهة الرقابة على الدستورية، تستعص عن تقدير المواطنين ملائمة هذه العقوبة وضرورتها، بتقديرها الخاص لاسيما. وأن الأصل في تلك العقوبة - شأنها في ذلك شأن كل جزاء جنائي - أن تحمل معها قرينة الصحة التي لا تستقطبها في مجال الرقابة على الدستورية - غير براهين قوية على مخالفتها للدستور.

(1) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

(2) See statments of justices Marshal, Brennan, Stewart and Douglas in the above referenced case.

وكما قدر المشرع أن عقوبة الإعدام تحقق مفاهيم الردع المقصودة منها، فحسبه أن تكون تلك هي روياء في شأن أكثر الجرائم خطراً وأشدّها قسوة.

بيد أن عقوبة الإعدام وإن لم تكن في ذاتها مخالفة للدستور إلا أن القواعد الإجرائية لشروط تطبيقها، هي التي توليها جهة الرقابة علي الدستورية اهتمامها توفيقاً للتحكم في إنزالها علي الجريمة، وحتى يوقعها للقاضي في إطار موازين تشريعية منصفة يندرج تحتها طبيعة الجاني، ودرجة ميله إلى الإجرام، وخصائص الجريمة التي ارتكبها وظروفها.

فمن أجل أن إتاحة الطعن في الحكم الصادر بها، بل إن من النظم الجنائية ما يقرر مرحلتين في شأن عقوبة الإعدام: أولاً؛ تلك التي تتعلق بقيام الجريمة في ذاتها من جهة إثباتها. وثانياً؛ مرحلة النطق بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة من جهة توافر ظروفها المشددة أو المخففة أو تخفيفها^(١).

ولا يجوز في هذا الإطار معاقبة قاتل بالإعدام لمجرد تصرفه أثناء القتل بطريقة غاضبية أو غير مبالية. ذلك أن القتل جميعهم يبدون في هذه الصورة^(٢).

ويتعين كذلك أن يدخل للقاضي في اعتباره -وقبل توقيع عقوبة الإعدام- طبيعة للجاني وسجله الجنائي وأوضاع الجريمة التي ارتكبها، وكافة ظروفها المخففة حتى تلك التي لم ينص عليها المشرع، وذلك حتى يكون توقيع هذه العقوبة، أو لعقوبة أقل منها، منطقياً^(٣)، قائماً على النظر في الجريمة على ضوء كافة ظروفها والأوضاع التي تتصل بمرتكبها^(٤).

٦٥٠- وتكون عقوبة الإعدام مخالفة للدستور إذا فرضها المشرع في شأن جريمة غير خطيرة؛ أو كان فرضها، لا يسهم بصورة معقولة في تحقيق الأغراض التي يقوم التجريم

(١) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 195, 198 (1976).

(٢) Godfrey v. Georgia, 446 U.S. 420 (1980)

(٣) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978) at 604

(٤) Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, (1976); Eddings v. Oklahoma, 455 U.S. 104, 110 (1982).

ويلاحظ أن الظروف المشددة للجريمة، يتعين أن ينص عليها المشرع، على خلاف الظروف المخففة التي يجوز أن يستخلصها القاضي من قرائن الأحوال بالنظر إلى طبيعتها الإنسانية وصلتها المباشرة بطبيعة مرتكب الجريمة وظروفه الخاصة. ولا كذلك الظروف المشددة، إذ هي عمل تشريعي يتوخى حصر الجناة الذين يستحقون عقوبة الإعدام. فإذا وقع الجاني في الدائرة الضيقة للجنة الذين يستأهلون هذه العقوبة، فإن على القاضي بحذق أن ينظر في سجل الجاني وكلفة الظروف ذات الصلة بالجريمة التي ارتكبها.

عليها، بما يجعل توقيفها منطوقا علي إحداث آلام لا مبرر لها، ومعاناة لا فائدة منها
Purposeless and needless imposition of pain and suffering.

ويبطل هذه العقوبة كذلك إذا اختلف تناسبها بصورة ظاهرة مع طبيعة الجريمة مجلها.

وهو ما يتحقق علي الأخص إذا وقعها قاض علي جان لم يقتل بنفسه، ولم يشرع في
القتل، ولم يقصد قتل أحد.

ولا كذلك أن يكون الجاني قد أسهم في الجريمة بصورة فعلية، ولم يكن عليه كثيرا أن
يسفر ارتكابها عن القتل، أو لا يكون القتل نتيجتها.

وقد يكون الجاني يكمل الأهمية وقت ارتكابه الجريمة، وقت الفصل فيها وللنطق بعقوبة
الإعدام عنها. فإذا صار مختل العقل في مرحلة لاحقة، فإن تنفيذ هذه العقوبة يتمحض عن
أسوة ظاهرة لا مبرر لها، خاصة وأن إعدام المجنون لا يحقق الأغراض التي تستهدفها
القوانين الجنائية. وهو كذلك يدلني وثائق إعلان الحقوق^(١).

ولا كذلك المتخلفون عقليا، إذ يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام فيهم، ولو دل إحصاء علي
منافاة هذا التنفيذ للقيم الإنسانية. إذ ليس للدلائل الإحصائية من أثر علي الضوابط الدستورية،
وخاصة وأن تنفيذ عقوبة الإعدام في شأن المتخلفين عقليا، وإن جاز اعتباره عقوبة قاسية إذا
كان هؤلاء يفتقرون إلي الأهلية الكافية التي يقدرون بها خطأ أفعالهم، إلا أنهم يدخلون في
زمرة مختلفة عن الملتأئين عقلا، كلما قام الدليل علي أن ملكاتهم العقلية لم تمنعهم من مواجهة
التهمة والعمل علي نفيها^(٢).

وكل ما هو مطلوب في شأنهم هو تأكيد العقوبة الخاصة بهم علي ضئوف خصائص
تكويدهم العقلي وظروفهم الشخصية، وأوضاع الجريمة التي قارفوها. ذلك أن تخلفهم عقليا،
يعتبر ظروفا مخففا يتعين أن يؤخذ في الاعتبار، مثل الجناة الذين تعرضوا في
طفولتهم لاعتصامهم جنسيا أو لغير ذلك من مظاهر سوء استعمال السلطة الأبوية Abused
Background. وكما يجوز إعدام المتخلفين عقليا، يجوز كذلك تطبيق العقوبة ذاتها بالنسبة إلى
القصر الذين بلغوا السابعة عشرة أو السابعة عشرة^(٣).

(١) Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).

(٢) Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302, 335 (1980).

(٣) Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

٦٥١- ويظل المعيار الحاسم في مجال تحديد معقولية العقوبة، اجتهاداً قضائياً، ومفترضاً أولياً لضمان تدرجها وتناسبها مع الجريمة كلها. ودون ذلك حقائق العدل التي تعطىها المفاهيم المعاصرة أهمية كبيرة، ويتعين أن يكون واضحاً في الأذهان، إن شدة العقوبة لا تكل بالضرورة على قسوتها.

A severe punishment is not necessarily a cruel one.

ذلك أن نقلها قد يكون تقديرًا منطقيًا من المشرع لخطورة الجريمة.

٦٥٢- ولئن كان الأصل في القوانين بوجه عام، هو حملها على افتراض موافقتها للمستور على تقدير أن المشرع عادة يحدد بطريقة أفضل نطاق العقوبة الملائمة للجريمة؛ إلا أن هذا الافتراض يخل بصدد كل عقوبة لا تألفها الدول بوجه عام في شأن مقاييس التجريم محددة على ضوء أعرافها وتقاليدها، لتجاوز العقوبة حدود الاعتقال، بقدر مصلحتها للقيم الخلقية لأوساط الناس على ضوء النظرة التي يتدرون بها ما يحترق حقاً وملائماً في شأن جريمة بذاتها في إطار كافة ظروفها^(١)، ويتعين بالتالي أن يكون غلوها ظاهراً بوجه عام بالنظر إلى خروجها على الضوابط المنطقية التي ينبغي أن تحيط بها، فلا يتقبلها الضمير الاجتماعي^(٢).

ومن المتصور أن يغلط المشرع العقوبة في شأن جرائم لها من خطرها وموه عواقبها ما يقتضي أخذ جناتها بالحزم لردعهم عن الإقدام عليها أو المضي فيها كجرائم القتل والسوقة باستعمال السلاح أو بالمواد المتفجرة، وموقعة امرأة جبراً، واختطافها، وجرائم الدعارة. على أن يكون مفهوماً في كل حال أن قبلية العقوبة للغو عنها، لا تحول دون النظر في قسوتها أو اعتدالها؛ وأن الغرامة المفعالي فيها شأنها شأن العقوبة التي يجاوز مبلغها الحدود المنطقية، كلاهما يؤكد؛ وأن كل عقوبة تناقض بصورة واضحة الأغراض التي يستهدفها للتجريم، تفكر بالضرورة إلى مبرراتها؛ وأن المعاملة غير الإنسانية -كذلك التي تتعلق بالتحقيق مع المتهمين

^(١) Weems v. United States (1910) 217 U.S. 349.

^(٢) جرد أحد الجنود الذي كان قد هجر وحدته العسكرية ليوم واحد، وعاد إليها باغتياره من صفته كمواطن. وقد تبين للمحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية أن عقوبة على هذا النحو من العظيمة، لا مؤهل لها إلا في دولتين نكتين فقط.

Trop. V. Dulles (1958) 356 U.S. 86.

وقد ذكر القاضي فرانكفورتر في هذه القضية، أن تجريد المواطن من جنسيته يلحق به مصيراً أسوأ من الموت.

It can be seriously argued that loss of citizenship is a fate worse than death.

وهم ولقنوا أو محاطون بضوضاء صاخبة أو متصلة، أو محرومون من النوم والطعام مددا طويلة أو متقطعة - شأنها شأن العقوبة التي تقتدر إلى عناصر تلحقها مع الجريمة في مخالفتها للدستور.

ذلك أن هذه المعاملة وتلك العقوبة، إن تجر وراءها غير معادلة عقوبة في فائدتها تتلقى جوهرها - وبصورة فجأة - موازين المنطق. وتخل كذلك بالقيم التي ألفها أوساط الناس واعتادوها في مظاهر سلوكهم^(١).

وعلى ضوء ما تقدم، ينبغي أن نلاحظ:

أولاً: أن لكل شخص قوت حريته على وجه أو آخر، حقاً كاملاً في النفاذ إلى القضاء ليحصل على كافة الحقوق التي يزيل بها القيود على حريته، بما في ذلك الاتصال بكافة الملفات والوثائق التي لها صلة بالحقوق التي يطلبها وفقاً للقانون وفق شروط منطقية تستخلص من كافة الأوضاع ذات الصلة.

ثانياً: أن حق للسجين في النفاذ إلى المحاكم جميعها، يشمل على حقه في إيداء دفاعه، وتلقى كافة الوثائق المتصلة بالدعوى والرد عليها، وبمراعاة أن تقدير معقولة النفاذ إلى المحكمة، من مسائل الواقع التي تستخلصها من كافة الأوضاع ذات الصلة.

وقد لا تكون العقوبة التي يفرضها المشرع أو التي يوقعها القاضي، مخالفة في ذاتها للدستور. وإنما تنأى صسوتها، أو مخالفتها لضوابط الاعتدال، من الكيفية التي يتم بها تنفيذها، خاصة من القائلين على السجون الذين يتعاملون بنظام مفرطة مع المسجونين، ويصبون عليهم مذاباً متعدد الألوان، منزعجين في ذلك بأن للسجون نظمها التي لا يجوز أن تخفل توكفا لتمررد السجناء أو عصيانهم. وهو اعتبار لا يسوغ إساءة معاملتهم، أو إهانتهم، أو تعذيبهم على نحو أو آخر. ذلك أن آدميتهم تسمو فوق كل اعتبار.

ثالثاً: وكما صدر عفو عن الجريمة، فإن الرجوع عن هذا العفو بغير الوسائل القانونية المألوفة التي يندرج تحتها حق الدفاع، يناقض الدستور.

(١) O' Neil v. Vermont 144 U.S. 339 - 40 (1892); See also European civil liberties and the European Convention on Human Rights, A comparative study, edited by C.A Gearty, 1997, pp.98-99.

وقد قضى بأن من المبالاة توقيع عقوبة الإعدام على من أغضب امرأة، أو على شخص لم يقتل بنفسه، وإن الأصل في عقوبة الإعدام أن تردع الذين صمموا على القتل، وعقدوا العزم عليه.

رابعاً: لا يعتبر توقيع المحكمة لعقوبة ما على عدد من المولدين يزيد على عدد البيض الذين تشملهم المحكمة بهذه العقوبة ذاتها، تمييزاً مخالفاً للدستور.

ذلك أن العقوبة التي تقدرها المحكمة في شأن من تدينهم بالجريمة التي اتهموا بارتكابها -لما كان لوهم- من المسائل التي تدخل في نطاق سلطتها التقديرية، ما لم يتم دليل على انحرافها -لا من الإحصاء- وإنما من خلال قرائن مادية تتضالم إلى بعضها، وترجح إسمائها استعمال سلطتها في تقدير العقوبة.

خامساً: ولئن جاز القول بأن اعتبار عقوبة شاذة أو قاسية من المسائل التي تثير جدلاً عميقاً حول ماهية هذه العقوبة أو كنهها، إلا أن ثمة صوراً من العقوبة لا نزاع في حظرها، من بينها أن الحكم بإعدام شخص بالصدمة الكهربائية، وإن كان لا يعتبر عقوبة قاسية، شأنه في ذلك الإعدام شنقاً أو رمياً بالرصاص ولو بفرقة من الجنود A firing squad ؛ إلا أن تعرض الجاني لصدمة كهربائية ثانية بعد إخفاق الأولى في قتله لعطل ميكانيكي أصاب الأجهزة التي تحدثها، يعتبر عملاً مخالفاً للدستور بالتالي.

سادساً: وتعتبر كذلك عقوبة قاسية، كل عقوبة من شأنها التمييز للكمال لمركز الشخص في الجماعة المنظمة التي يعيش فيها، ويندرج تحتها تجريد من حقه كمواطن. بل إن هذه العقوبة تعتبر أكثر بدائية من تحنيطه، وأساءة أترأ، إذ يصير بمسبها عديم الجنسية، فضلاً عن أن كل عقوبة لا يجوز القبول بها، إلا بشرط توافيقها مع المعايير التي التزمته الأمم المتحدة لضمان إنسانيتها.

سابعاً : إذا كان الشخص عقلاً وقت إثبات الجريمة، وظل كذلك، حتى صدور الحكم، فإن العقوبة المحكوم عليه بها، بتعين وقتها إذا فقد قواه العقلية أثناء تنفيذها. إذ لا يتصور أن يكون المجنون قادراً على فهم الأغراض التي يستهدفها الجزاء، ولا يجوز بالتالي تنفيذه بعد أن صار عديم التمييز، وإلا اعتبر الجزاء عملاً انتقامياً.

يؤيد هذا النظر، أن المجتمع، وإن كان يعنيه ضمان مصالحه وقيمه وأهدافه، إلا أن مسؤولية الفرد عن الإخلال بها، حدها إرادة لاختيار الأفعال التي أتاها. فإذا فقد كل قدرة على التمييز قبل البدء في تنفيذ العقوبة أو أثناء هذا التنفيذ، فإن مفهوم القصاص كجزاء على الأفعال التي أتاها، يصير منقياً.

ثامنا : وكلما ادعى محام أن موكله قد قواه العقوبة^(١)، فإن الوسائل القانونية المسمّية تقتضى ألا يبعد بالفصل في هذا الشأن الخطير إلى جهة إدارية في تكوينها، أيا كان موقعها. وإما يتعين أن يتولاّه أخصائيون يفتون في نطاق علمهم، توافر عاهة العقل أو تخلفها. ولئن جاز القول بأن المقصود بعاهة العقل في هذا المقام، هي تلك التي يصير بها الشخص عديم التمييز؛ وأن المتخلفين عقليا *Mentally retarded people*، لا يعتبرون كذلك، على تقدير أن تضاول قدراتهم العقلية لا يحى زوالها. إلا أن ما نراه صوابا، هو أن المتخلفين عقليا وكن ارتكابهم الجريمة، لا يملكون كامل إرادتهم، ولا يحتر إعدامهم بسببها جزاء منطقيا. وكذلك الأمر إذا كان الشخص حدثا، إذ يكون ناقص الأهلية وقاصرا عن التقدير الصحيح والمتوازن لحقيقة الأفعال التي ارتكبتها.

ثاسعا : وقد يؤخذ في تحديد نسوة العقوبة ليس فقط من منظور جسامتها، وثقل وطأتها، أو على ضوء تقييم المحاكم الوطنية لها؛ وإنما كذلك من خلال مقارنتها بالعقوبة المقررة عن الجريمة عينها في الدول الديمقراطية^(٢).

عاشرا : وكلما كانت العقوبة المحكوم بها واقعة في حدود الدستور، فإن نقضها لا يجوز، ولو فرض للقاضي فيما بعد عقوبة أشد على جريمة أقل خطورة من الجريمة الأولى. ذلك أن بيد كل قاض وفقا للدستور، أن يقرر في حدود منطقية، مبلغ العقوبة في الحدود التي أذن المشرع بها، فلا يراقبه أحد في اختيار جزاء دون آخر كلما كان هذا الاختيار جائزا تشريعا، وكان كذلك غير قائم على التحكم. ذلك أن لكل جريمة ظروفها الخاصة سواء ما تعلق منها بشخص مرتكبها أو بالأوضاع التي لايمتها^(٣).

(١) هذا وتقتض المادة ٣٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة في عقله طرأت بعد وقوع الجريمة، يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمته حتى يعود إليه رشده.

(٢) Salem V. Helm 463 U.S. 277 (1983).

(٣) كان قد قضى في جريمة اختطاف ارتكبتها جان بعقوبة أقل في جريمة نقل بالرغم من الثانية أسوأ من الأولى.

See: Williams v. Oklahoma 358 U.S. 576 (1959); Coker v. Georgia 433 U.S. 584 (1977).

المبحث الخامس

الفصل بين التدبير التشريعي للعقوبة، وبين التدبير القضائي لها

٦٥٣- يتحين الفصل بين التدبير التشريعي للعقوبة وبين التدبير القضائي لها ممثلاً في مبلغها وفقاً للقانون، والتدبير القضائي لها، ممثلاً في تفريدها.

ذلك أن تفريد للقاضي للعقوبة -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لا يفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية. بل هو جوهرها. إذ يتصل هذا التفريد بمقوية فرضها المشرع بصورة مجردة شأنها في ذلك شأن النصوص القانونية جميعها، ولا يتصور بالتالي أن يكون إنزالها بنصها على الواقعة الإجرامية محل الاتهام، ملائماً لكل أحوالها ومتغيراتها، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المتهمين لا يمتثلون في خصائص تكوينهم ولا في بنيتهم؛ ولا في قدر عقابهم أو تعليمهم؛ ولا في نطاق ذكائهم أو استقلالهم بولا في نزعاتهم الإجرامية لئلا تجمعهم وحدة تترابط أجزاؤها. وإنما يتدرجون بين الاعتكالي والإفغالي في إجرامهم؛ بين ومن نزعتهم الإجرامية أو لحشها.

ولا يجوز بالتالي صيهم في نماذج جامدة لا يتحولون عنها؛ ولا اعتبارهم من قوابلها التي يصبرون فيها، فالمذنبون لا يتوالفون في خطورتهم ولا في ظروفهم.

ولا يجوز بالتالي، أن تتحد عقوباتهم، وكأنهم فرد واحد، بالميول الخوانية ذاتها، والخلفية الذهنية عينها.

فإذا وحد المشرع بينهم بالفراض تولفهم في ملكاتهم ونزعاتهم وتوجهاتهم، كان ذلك إيقاعاً لجزاء في غير ضرورة، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض، وبما يجبر على المتهمين -رغم مختلفون في كل شيء- ألواناً من المعاناة لا قبل لهم بها، بعد أن تسترض المشرع أنهم نظراء بعضهم لبعض -سواء في نوع جريمتهم، أو دوافعها، أو خلفيتها، أو قدر التصميم عليها- بما يخل بشرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يتصور في غيبتها أن يكون للحق في الحياة، ولا للحق في الحرية، أية قيمة لها (اعتبارها).

ثانيهما: أن مشروعية العقوبة من زاوية دستورية، مناطها أن يباشر القضاء سلطاتهم في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديرًا من جانبهم لها في الحدود المقررة قانوناً.

لذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها وإيمانيتها مجبرا لأثار الجريمة من منظور موضوعي يتعلق بها وبمرتبتها.

لذا منعمهم المشرع من وقف تنفيذ العقوبة التي فرضها -ولما كانت دوافعه في ذلك- كان ذلك تخطا في سلطاتهم في تحديد مبلغها، ومفضيا إلى خطر اتصال الجناة بمنذرين آخرين ربما كانوا ألدح منهم لإجراما.

وهو ما ينافي حقيقة أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مئتها- هو الذي يحقق الإنظام المقصود بها، وأن سلطة القضاء في تقرير العقوبة -ويندرج تحتها وقف تنفيذها- لازما أن يتأيا للمحكوم عليهم بها، فرص إقالتهم من عيها إذا كان لهم من منهم أو خلقهم أو ماضهم أو طبيعة الجريمة التي ارتكبوها أو ظروفها، ما يرشح لعدم عودتهم مستقبلا إلى الإجرام.

فلا تكون هذه العناصر جميعها غير ضوابط يتحرونها ويقومونها على دعائم من القرائن وعيون الأوراق، ليجدد كل قاض على ضوئها، عقوبة الجريمة سواء في نوعها أو قدرها. فلا يبتدع عقوبة جديدة لا نص عليها. وإنما يتولى تقديرها بما لا يعطل سلطة وقف تنفيذها، أو يبدلها بغيرها، وذلك استصحابا لأصل في العقوبة، مؤداه تفريدها لا تعميمها^(١).
Individualization of punishment

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٨/٣ - قاعدة رقم ٣ - من ٦٧ وما بعدها من الجزء ٨ من أحكام المحكمة.

المبحث السادس

معايير وضوابط الجزاء الجنائي

٦٥٤- لأن كان الجزاء -جنائيا كان أم تأديبيا أو مدنيا- يفترض أن خطأ معينا لا يجوز تجلوزه؛ وكان جوهر العقوبة وأغراضها من أكثر المماثل التي احتمل للجدل حولها، إلا أن العقوبة تحكمها بوجه عام معايير أهمها:

١. أن العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، تبلور مفهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها ميل الجماعة أو حرصها على إرواء تعطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا وتكفيرا عما أتاه^(١). بل يتعين أن يكون هذا الجزاء تعبيراً منطقياً عن حدود الاعتدال، على أن يكون مفهوماً أن ضوابط الاعتدال تنقسم بالمرونة، وتميل إلى الاتساع بقدر تطور الجماعة، وعلى ضوء نظرتها المتغيرة للحدود التي يعتبر الجزاء فيها إنسانياً يحفظ للناس كرامتهم. وبوجه عام يعتبر الجزاء قاسياً كلما صدم توقعا معقولا لأوساط الناس، بأن أثار الاشمئزاز العام أو أن كان هجيباً، أو حط من قدر الجناة بغير مبرر، أو كان منافي للمعايير التي يكون بها منصفاً.

والطبيعة المتطورة لضوابط قسوة الجزاء الجنائي، هي التي أسس عليها رئيس القضاة Warren للقول بأن معنى العقوبة القاسية، يستنبط من المقاييس المتطورة لجماعة ملتزمة، تعبيراً منها عن نضجها ورفقها^(٢) حساً.

٢. أن ما يعتبر جزاء جنائياً في النظم الجنائية، لا يجوز أن يقل مداه على عقل جان محتمل- عما يكون لازماً لحمله على أن ينتهج طريقاً سوياً، لا تكون الجريمة من منازله، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها. ذلك أن عقوبة الجريمة التي لا تربو وطأتها في عقل المخاطبين بالنظم الجنائية، على مزايا ارتكابها، تحض عليها وتسهل أمرها. ويتعين بالتالي أن يقدر المشرع مبلغ العقوبة على ضوء خطورة الجريمة، أو درجة إجرام مرتكبها، أو هما معا.

(١) دستورية طيا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية مستورية* جلسة ١٩٦٦/٨/٣ - قاعدة رقم ٣- من

٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

٣. لا يجوز أن تكون العقوبة في أثرها، أداة عاصفة بالحريسة، تقعها أو تقيدھا بالمخالفة للقيم التي ارتضها الدول الديمقراطية في مظاهر سلوكها على اختلافها. وهي قيم تظل في ضوابطها المعاصرة، إطاراً للنظم الجنائية جميعها. وإذا كان من المقرر أن الحرية في كامل أبعادها لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن حقوق الإنسان وحياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملؤها مصلحة اجتماعية لها وزنها، فقد تسين موازنة حقوق الجماعة ومصلحتها الأساسية، بحقوق الفرد قبلها، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها^(١).

ولا يجوز بالتالي أن يكون الجزء الجنائي سبي لآثره أو على ضوء طرائق تنفيذها- منافي للقيم التي ارتضتها الأمم المتحضرة. وهو يكون كذلك إذا تمحص تعذيباً، أو انتهاكاً في غير ضرورة لحرمة البدن، أو إخلالاً بالعرض^(٢)، أو إيلاها غير مبرر كجر الجناة في الطريق إلى مكان تنفيذ عقوبتهم، أو إغراقهم أو حرقهم أحياء أو تعذيبهم أو إذلالهم، أو تحطيمهم عقلياً أو وسمهم بالنار على وجوههم أو أيديهم، أو تجريسهم، أو فصل أيديهم وأذانهم أو أعناقهم، أو نزع لظافرهم أو تعذيبهم إلى أجزاء أو إلى شرائح.

٤. لا يعتبر تخطيط عقوبة الجريمة الأخيرة في حالة العود Habitual offender laws مخالفاً للدستور. إذ ينظر للجناة العائدين على تقدير تأمل الإجراء فيهم، وأن انحرافهم صار عادة ألفوها ومنها متصلاً، وأن الأمل في تعويمهم ضئيل إلى حد كبير.

٥. إذا أنشأ المشرع جريمتين لحماية المصلحة الاجتماعية ذاتها، تبين أن يقرر لإحداها عقوبة أشد من تلك التي يضعها للثانية، حتى إذا فاضل جان محتمل بين الجريمتين، اختار ألقها إيلاها انصرافاً عن العقوبة الأكثر قسوة.

٦. ينبغي ملاحظة العقوبة مع الجريمة التي تخصصها في كلفة عناصرها وظروفها حتى يزدها بالقسط من يتجهون إلى ارتكابها. فلا يقدمون عليها أصلاً، أو يرتكبونها بوسائل مختلفة، تمثل خطراً أقل على قيم الجماعة وثوابتها.

(١) دستورية عليا- لل قضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٦/٨/٣- قاعدة رقم ٣- ص ٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢- ص ٣٩٢ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

٧. على المشرع أن يصمم العقوبة ليمنع الجاني من العودة إلى الجريمة، أو من إتيان غيرها خلال فترة من الزمن. وهو بذلك يؤمن الجماعة من مخاطر الإخلال بنظمها الجنائية، ويصون أفرادها كذلك من الانزلاق إلى جريمة لا يأمنون عواقبها، ولو توافرت لهم الفرص التي تخريهم بها.

٨. الأصل في العقوبة -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نالها بها عن أن تكون إبلافا غير مبرر، يؤكد أسوتها في غير ضرورة^(١) Unnecessary cruelty and pain .

ولئن صح القول بغموض المعايير القاطعة التي يتحدد على ضوئها مجالاة العقوبة لضوابط الاعتدال، إلا أن من المقرر -على الأخص من ناحية تاريخية- أن كل عقوبة بربرية أو تعذيبية أو مهينة للرد -ويندرج تحتها صلبه أو إحراقه أو غليه حيا، أو تحطيم عظامه أو تمزيق أطرافه أو سحق أوصاله، أو قتله بصورة بطيئة - لا يجوز القبول بها لمخالفتها الدستور. ذلك أن قيم العدل أو معطيائها وثوابتها، تفترض تناسبا بين العقوبة والجريمة

It is a precept of justice that punishment should be proportioned to the offence

وتعتبر العقوبة المتزاخية في أجلها، والمرفقة في تنفيذها دون مقتضى، مخالفة للدستور، وعلى الأخص كلما قام الدليل على لعدم تناسبها مع الجريمة.

٩. وامتناع الغلو في العقوبة، يفترض أن تكون بصدد جريمة حدد المشرع ركنها وقلها للدستور والقانون. ولا كذلك أعمال يوشمها المشرع بالمخالفة للدستور؛ إذ تسقط الجريمة بعقوبتها، ولو كان مبلغها تافها.

١٠. وكلما كان الجزاء واقعا في غير ضرورة صار مخالفا للدستور. فالتنيز بهجرون الجيش، يتخلون عن أداء الخدمة العسكرية بغير ذية العودة إليها. وذلك لأسباب مختلفة من بينها الفرع أو الهستريا أو عدم التوازن العاطفي. وهي بعد جريمة يرتكبها الجنود حتى نسى أماكن تربيهم^(٢). فإذا جردهم المشرع من جنسيتهم، كان ذلك أسوأ من تعذيبهم.

(١) للحكم السابق - من ٤٠٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

فضلا عن أن هذا التجريد يسقط كافة حقوقهم، ويعزلهم بصفة نهائية عن مجتمعهم، ويجعلهم هائمين على وجوههم لا يعرفون لهم مستقرا، ويعرضهم كذلك لمزيد من المعاناة ويعمق خوفهم. فلا يكون هذا التجريد غير مصير أسود تكبده للدول الديمقراطية جميعها.

١١. لأن عارض البعض عقوبة الإعدام قولا منهم بأنها تناقض كرامة الفرد؛ ومرفوضة خلقيا، ومغالى فيها Morally unacceptable and excessive؛ وأن الذين يتحملون عادة بها فقرء لا يملكون موارد كافية يردون بها هذه العقوبة عنهم، من خلال توظيفهم محامين متميزين يدفعونها؛ وأنها بذلك عقوبة لا شأن لها بالأثرياء الذين يוכלون عنهم أفضل المحامين وأكثرهم نفوذا، بما يدخل ضمننا- بشرط الحماية القانونية المتكافئة؛ وكان آخرون قد أقرروا أن عقوبة الإعدام، قاسية في ذاتها Per se وليس لها ما يبررها. ولا يكفل توقيعها تحقيق غرض مشروع، وكثيرا ما تم تطبيقها بطريقة تحكيمية، وعلى ضوء نزوة عابرة أحيانا Arbitrariness and Capriciousness؛ إلا أن هذه الآراء سرليا كان قدر وجاهتها- تظل اجتهدا لأصحابها لا يناقض حقيقة أن هذه العقوبة لا تزال قائمة في دول كثيرة تحيط بتوقيعها بكل ضمانات منطقية تقتضيها حقائق الحل، سواء كان الإعدام شنقا، أو تم رميا بالرصاص أو صقلا بالكهرباء، أو قتلا بالغاز الخالق^(١).

وهي عقوبة شرعتها الأديان جميعها، وإرضها الله تعالى في نطق الحق في القصاص، وزجر لاهلآ الذين يقتلون النفس الواحدة بغير الحق، فكانهم قتلوا الناس جميعا.

ولا يبقى بعد هذا غير النظر إلى عقوبة الإعدام من جهة شروط توقيعها، وأهمها ضرورة أن تؤخذ بقدر كبير من الحذر؛ وأن يكون توقيعها في حدود ضيقة؛ وأن تحقق المحكمة في الجريمة من جهة ظروفها والخصائص الشخصية لمرتكبها؛ وأن تدخل في اعتبارها كافة العوامل التي ترشح لتخفيفها، ولو أغفل المشرع بيانها، أو سها عن تحديد بعضها^(٢).

١٢. ولا يحتبر جلد الزاني والزانية عقابا مذافيا حدود الاعتدال، إذ هو من حدود الله تعالى التي لا تقبل تحديلا.

(١) Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947); See also Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972); Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976)

(٢) عكس ذلك الظروف المشددة التي لا يجوز الأخذ بها إلا إذا لمن عليها المشرع، وحدما حصرا، أو بينها بطريقة واضحة لا تجهيل فيها.

١٣. كذلك لا يعتبر عقابا إبعاد الأجنبي عن غير بلده إذا أخذ بتسريعاتها أو نظمها القانونية، وعلى الأخص كلما تم هذا الإبعاد لمجرد وقوع هذا الإخلال من وجهة نظر الدولة للمضيقة، ومن ثم جاز لمواطني الدول المستقرة أطرافا في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، الطعن على قرارات إبعادهم الصادرة من الدول الأجنبية التي أقاموا بها، على أساس مخالفتها لحقوقهم الجوهرية التي تكفلها لهم هذه الاتفاقية.

١٤. ولا تعتبر العقوبة التي يفرضها المشرع على توقيق العدالة، مخالفة للمطلق إذا جعلها وقعة بين حدين لا يزيد أخصاما عما يعتبر جزاء منسوبا لهذه الجريمة، وإن وجب القول بأن عقوبة الغرامة التي يكون مبلغها كبيرا، وعلى الأخص إذا سجن من لم يوفها لسنتين عديدة جزاء عدم دفعها - تعتبر مخالفة للدستور.

١٥. وعلى الجهة القضائية التي تباشر رقابتها على دستورية العقوبة، أن تتحقق أولا من اتصالها بالفعل بجواز تأنيبها وفقا للدستور.

فإن كانت هذه الأعمال كذلك، تعين عليها بحذ أن تنظر في مضمون العقوبة وأثرها، لتحديد قسوتها أو اعتدالها.

إذا بان لها وحشيتها، أو منافاتها من لوجه أخرى للقيم الإنسانية؛ كان عليها أن تسقط هذه العقوبة ومعها الجريمة التي تنصل بها.

٦٥٥- وليس في دستور جمهورية مصر العربية نص يحظر الظو في العقوبة أو الإفراط في كيفية تنفيذها؛ إلا أن أمرين يبدئي ملاحظتهما في هذا الشأن.

أولهما: أن للدساتير جميعها تولى اعتبارها ليس فقط للضرورة القديمة، وإنما كذلك لما يجد مستقبلا منها.

ثانيهما: أن شرط اعتدال العقوبة منطور بطبيعته. وهو بذلك غير متحيز في مفاهيم جامدة، ذلك أن المعاني الجديدة التي تضيئها العدالة الإنسانية تعتبر من مكتسباته.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الدستورية العليا - في مجال تفسيرها للمنطور لنصوص الدستور، ونظرتها الواعية لضرورة تطويعها لروح العصر - أن مضمون القاعدة القانونية التي تنمو في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمته الدول الديمقراطية، واستقر أمرها على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة؛ وأن

خضوعها للقانون -محددا مضمونها ونطاقا على ضوء مفهوم ديموقراطي- يقتضيها ألا تسفل بالحماية الدستورية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحريتهم، عن الحدود الدنيا التي تقوم بها متطلباتها التي تواتر العمل على القبول بها في الدول الديمقراطية؛ ولا أن تفرض على تمتعهم بها، أو مباشرتهم لها، غير القيود التي ارتضتها هذه الدول، سواء تعلق الأمر بمضمون هذه القيود، أو بمدامها.

ولا يجوز بالتالي أن تفرض الدولة للقانونية، فرائض وجودها التي يدرج تحتها صون الحرية الشخصية التي اعتبرتها المادة ٤٨ من الدستور حقا طبيعيا. وهي حرية يتفرع عنها ولازمها، حظر تقرير عقوبة تفرضها الدولة "بتشريعاتها"، تكون مهينة في ذاتها، أو ممعنة في قسوتها، أو مطلوبة على تقيد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة؛ أو من شأنها معاقبة للشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها^(١) <<.

٦٥٦- على أن النظر المتقدم، وإن قام على اجتهاد من المحكمة الدستورية العليا، تخرج به العقوبة المغالى في مبلغها أو وسيلة تنفيذها من نطاق الحماية الدستورية؛ إلا أن كثيرا من الدساتير تقرر ذلك بنصوص صريحة فيها. من بينها نص المادة ٢١ من دستور الدولة الفيدرالية الروسية^(٢) La Federation de Russie التي نقضت فقرتها الأولى بأن كرامة الفرد نصيبها الدولة، ولا يجوز خفضها على أية صورة.

وتحظر فقرتها الثانية إخضاع أي فرد لتدابير عنيفة أو تعذيبية، أو معاملته أو مجازاته بطريقة وحشية، أو معاملة بالكرامة الإنسانية، أو إخضاعه -بغير رضاه- لتجربة طبية أو علمية أو غيرها.

ويبين كذلك من قراءة القانون الأساسي الألماني -٢٣ مايو ١٩٤٩- أن كافة حقوق الفرد مرجعها إلى كرامته، وذلك بما تنص عليه مادته الأولى من أن كرامة الفرد لا يجوز الإخلال بها؛ وأن على كل سلطة في الدول احترامها وحمايتها؛ وأن مفاد صونها أن يكون للناس جميعهم حقوق لا يجوز انتهاكها، ولا يرد تقادم عليها، باعتبارها أساس تكوين كل

(١) بالخط هنا أن المحكمة الدستورية العليا أشارت إلى العقوبة التي تفرضها الدول بتشريعاتها، حتى تسبهد من نطاقها العقوبت التي قررها القرآن الكريم والتي تجادل في قسوتها الدول الغربية، كعقوبة قطع يد السارق.

(٢) ووفق على هذا الدستور في استفتاء تم في ١٢/١٢/١٩٩٣، ونشر في الجريدة الرسمية في ١٢/٢٥/١٩٩٣.

جماعة بشرية، ونقطة ارتكاز لتحقيق السلم والعدالة على امتداد الأقطار جميعها. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨ من دستور Andorra على أن للناس جميعهم حقاً في تكامل أيدانهم وقيمهم الخلقية، ولا يجوز تضييقهم ولا عقابهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة أو غير إنسانية. وهو ما تقرر كذلك بالتعديل الثامن للدستور الأمريكي، وإن كان هذا الدستور قد نص على أن العقوبة أو المعاملة المحظورة، هي التي يتوافر فيها وصفان هما قسوتها وشذوذها.

٦٥٧- ويفترض دوماً في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة التي تنطبق بها، أن تكون الأفعال التي تشكل في تكوين الجريمة، جازماً "تأثيرها"، وإلا تعين الحكم بسقوط الجريمة ومعها عقوبتها.

٦٥٨- ويبدو بالتالي محل نظر، قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات^(١). ذلك أن الدعائم التي قام عليها، ومع التسليم بصحة النتيجة التي دونتها المحكمة في منطق حكمها، تنتم باضطرارها وبجدها عن التحليل المنطقي.

فقد كان يكفي لحمل هذا المنطوق، أن تقرر المحكمة أن الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة، لا يجوز دستورياً تأثيرها. بالنظر إلى تطابقها بالنوايا الخائفة في خسائل النفس، والتي لا صلة لها بالأفعال التي يجوز مؤلظة للشخص على ارتكابها. ذلك أن العلائق التي تؤمنها القوانين الجنائية، هي تلك التي تتمحور سلوكاً خارجياً يتخذ مظهراً واقعياً. وهي بذلك تعبير عن إرادة إتيان الجريمة. ولا كذلك النوايا التي لا تبلور سلوكاً مادياً خارجياً. وإنما تقوم الجريمة بأفعال لا تخطئها العين، وليس بالنوايا التي تنطلق النفس عليها، فلا يعرفها أو يضار بها أحد ما ظل كمونها في الصدور قائماً^(٢).

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٨ من قانون العقوبات بما يأتي:

يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان أو أكثر على ارتكاب جنابة أو جحمة ما، أو على الأعمال المجرمة أو المسهولة لارتكابها. ويعتبر الاتفاق جنائياً سواء كان الغرض منه جازماً أم لا إذا كان ارتكاب الجنابات والجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول إليه. وتنص فقرتها الثانية على أن كل من اشترك في اتفاق جنائي سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنابات أو تخلفاً وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه، يعاقب لمجرد اشتراكه بالسجن، فإذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب الجنح أو تخلفاً وسيلة إلى الخوض المقصود منه، يعاقب المشترك فيه بالحبس. (انظر في عدم دستورية هذه المادة، حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلستها الممعددة ٢ يوليو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق "مستورية" ص ٩٨٦ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية علياً" للقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٤٥ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٥٩- يبد أن المحكمة الدستورية العليا لا تقيم حكمها علي هذه الدعاة وحدها، لكنها تؤسس إبطالها لنص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، علي دعمتين آخرين أولاهما: غموض نص هذه المادة، وثانيتهما: أن العقوبة المقررة بها تقتصر إلي تسليبها مع الجريمة للمنصوص عليها فيها.

والأمران كلاهما محل نظر. ذلك أن غموض النص العقابي وعدم معقولة العقوبة التي فرضتها، يفترضان تعلق هذا النص بالأعمال يجوز تأنيها. ومن غير المتصور أن يكون التحضير للجريمة أو العزم عليها، محل مؤلغة جنائية، إذا ظل هذا التحضير أو العزم في إطار النوايا التي تحتاج للنص بها، فلا يبصرها أحد. إذ كان ذلك، وكان التجريم المقرر بنص المادة ٤٨ المشار إليها منصرفا إلى النوايا التي لا يجوز تأنيها؛ فإن الغرض في غموض هذا النص، أو في اتطوئه علي عقوبة جاوز بها المشرع حدود الاعتدال، يكون لنوا. يؤيد هذا النظر.

أولا: ما قرره محكمة النقض من أن شرطي التنظيم والاستمرار - وهما شرطان تطلبتهما المحاكم المختلفة للحد من غلواء جريمة الاتفاق الجنائي المنصوص عليها في المادة ٤٨ ع - غير لازمين لوجود هذه الجريمة التي تتوالى أركانها بمجرد اتحاد إرادة شخصين أو أكثر علي إتيان جنائية أو جنحة، ولو لم تتعين؛ أو علي الأعمال المجهزة أو المسهلة لها، ولو لم تقع للجريمة محل الاتفاق الجنائي^(١). وقضائهما بذلك يدل علي أن نص المادة ٤٨ ع يتمحض في بعض الصور، عقابا علي مجرد العزم علي الجريمة أو علي الأعمال التحضيرية لها، بالمخالفة لنص المادة ٤٥ ع التي تقتضي بأن الشروع في الجنائية أو الجنحة، لا يتحقق بمجرد العزم علي ارتكابها ولا بالأعمال التحضيرية لها؛ ومن ثم تتعلق جريمة الاتفاق الجنائي في بعض صورها بالمرحلة السابقة علي الشروع في الجريمة، بما يقيمها في جوهر بنيانها علي مخالفة نصوص للصنوع التي لا تأذن بالتجريم فيما وراء الأفعال التي يجوز أن يشكل المشرع منها مادة الجريمة.

ثالثا: إذ كان نص المادة ٤٨ ع، يفيد أن مجرد الاتفاق بين شخصين علي إتيان الجريمة والعزم عليها أو التحضير لها، يعتبر كافيا لتكوين مادتها، ولو لم يرق هذا التحضير إلى مرحلة الشروع في ارتكابها، ولم يزد هذا العزم علي مجرد النوايا التي يضمنها الجناء المحتملون في أنفسهم، ولا يتخون صلا ماديا للتعبير عنها؛ فإن نص المادة ٤٨ المشار إليها

(١) الطعن رقم ١٩٨٨ لسنة ٣٤ قضائية - جلسة ١٠/٥/١٩٦٥ - ص ١٦ من ٤٤١ لأظر كذلك الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٢٣/١/٢٣.

يكون مقيدا الحرية الشخصية في غير ضرورة، ومجاوزا الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها للتجريم.

ولا كذلك أن يكون التجريم محظورا دستوريا. إذ يغفل بديان الجريمة ذاتها أيا كان قدر عقوبتها. ومن ثم تسقط الجريمة لامتناع تأنيب الأفعال التي تكونها. ولا يكون ثمة وجه لإيقاع عقوبتها بعد زوال محلها؛ ولا للخوض فيما إذا كان مقلدا علوا مجاوزا الاعكاس أو ولقعا في حدود منطقية لا تحكم فيها

ثالثا : أن جريمة الاتفاق الجنائي -في الحدود التي عينتها محكمة للنقض إطارا لها- لا تجهل فيها حتى يسوغ القول بأن الغموض يشوبها أو يحيط بها. وإنما تقوم هذه الجريمة على أركان فصلتها محكمة للنقض التي تقوم من المحاكم جميعها بوظيفة تنفيذ القواعد القانونية التي تلزمها بتطبيقها.

رابعا : إذ كان ما تقدم، فقد كان يكفى للحكم بعدم دستورية نص للمادة ٤٨ ع، أن ترأس المحكمة الدستورية العليا قضاءها في ذلك على دعامة وحيدة قوامها، أن الأفعال التي تكون مادة هذه الجريمة -في كثير من صور تطبيقها- لا يجوز تأنيبها. فذلك وحده هو المدخل المنطقي للحكم بعدم دستوريته. وغير ذلك ليس (لا تريد، وخطا بين مفاهيم دستورية لكل منها مجال لتطبيقها مقصور عليها^(١)).

(١) انظر في الأسباب التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، حكمها الصادر في ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية دستورية.

المبحث السابع

مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٦٦٠- تقرر المحكمة الدستورية العليا في ذلك ما يأتي:

١. أن النصوص القانونية وحدها -بموصفيها وانتفاء صفتها الشخصية- هي أداة التجريم وأنه كان للسلطة التشريعية أن تحدد لشروط التجريم إطارها العام على أن تتولى السلطة التنفيذية تفصيل بعض جوانبها، فليس ذلك مؤداه أن تكون مملكتها في ذلك مجالاً محجوزاً لها، إذ يظل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها ليس لها سند من قانون قديم^(١).

٢. إن الجزاء الجنائي لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها. وكلما استقام الجزاء على قواعد يكون بها ملائمة ومبرراً، فإن فرض المحكمة لاختياراتها، لتحل محل تقدير المشرع لنوع الجزاء أو مده، يكون مغالطاً للدستور^(٢).

٣. ينبغي أن يحول الجزاء الجنائي دون الولوغ في الإجراء، وأن يستلهم كذلك لوضع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها؛ وأن يكون عقابهم عنها، كافلاً تأهيلهم لحياة أفضل حتى تتبها للقواعد التي تدار الحالة الجنائية على ضوءها، ما يراد لها من فعالية، وما تتوخاه من تطبيق التوازن بين حقوق المتهم وسلطة الاتهام. وهذه العوامل جميعها هي التي ينبغي أن يحيط بها الجزاء الجنائي، وأن يصاغ على عديها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره^(٣) (Single - valued approach).

٤. لا يدخل إزاء المتهم أو التحرش به في إطار السوايسة الجنائية القوية، التي تناهض الإخلال الخطير كل إخلال غير مفهوم بالحرية الشخصية^(٤).

٥. ليس شرطاً لأعمال مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، أن يكون الجزاء الجنائي محدداً تحديداً مباشراً، بل يكفي أن يتضمن النص العقابي تلك العناصر التي يكون معها الجزاء الجنائي قابلاً للتحديد، ومعيناً بالتالي بما لا إضفاء فيه إلى التحكم^(٥).

(١) (٢) (٣) (٤) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قسادة رقم ٤٧- ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. وذات المبادئ مرددة في القضية رقم ٢ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" - جلسة ٥/٨/٢٠٠٠ - قسادة رقم ٨١- ص ١٨٨ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قسادة رقم ٤٧- ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

٦. لا يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور، إلا إذا لخلل التماثل بصورة ظاهرة بين مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها. ذلك أن هذا الجزاء يعتبر عقاباً واقعاً بالضرورة في إطار اجتماعي، منطقياً غالباً من خلال قوة الردع على تثبيد الحرية الشخصية، قائماً على قيم ومصالح اجتماعية تبرره.

ويتعين بالتالي أن يكون جزاء الجريمة متدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها حتى لا يتمحض إعدائاً. ومن ثم لا يعتبر الجزاء موافقاً للدستور إلا إذا استلهم ضرورة اجتماعية، لا تتناقض الأحكام التي تضمنها^(١).

فإذا ارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان دلجها عن الإخلال بها، كان موافقاً للدستور^(٢).

٧. لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صور الامتناع التي جرمها المشرع من خلال عقوبة قرنها بإتيانها، أو بتركها^(٣).

٨. تبلور العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، مفهوماً للعادلة يتحدد على ضوء الأضرار الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها حرص الجماعة على إرواء تطلعاتها للنار والانتقام، أو مسعها ليكون بطشها بالمتهم نكالاً؛ وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً، لا يجوز أن يقل في مداه عما يكون لازماً لحمل الفرد على أن ينتهج طريقاً سويماً لا تكون الجريمة من مصادره، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها.

وسواء أسهم هذا الجزاء في تقويم من أصابهم؛ كان كافلاً ردع غيرهم؛ أو يساعد بين الجناة والجماعة التي صاروا من أفرادها؛ أو كان كل ذلك جميعاً؛ فإن كثيرين ممن الفقهاء يفرقون بين نوعين من الردع:

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٢٨ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) (٣) دستورية عليا للقضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية دستورية - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٣٧١ من الجزء ٨ من مجموعة أحكامها.

أحدهما: ردع عام: ويتبدل في العقوبة التي يكترج بها المشرع على ضموه خطورة الأفعال التي لشها، ليجمل من خلال وطأة العقوبة وعيبتها، جناة محتملين على الإعراض عن الجريمة وللتأنيدها.

وثانيهما: ردع خاص: يتحقق في شأن جريمة نسبتها سلطة الاتهام بعد ارتكابها إلى شخص معين، لتحدد المحكمة نطاق مسئوليته عنها، ولتقدر عقوبتها تقديراً لها عند الحكم بها، ضمناً لتناسبها مع الجريمة التي قارفها، وكزد فعل لها.

ومن ثم لا يتطابق هذا النوع من الردع باحتمال تحقق خطورة إجرامية، وإنما بالأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية.

ولا تحو هذه الصورة من صور الردع أن تكون تعبيراً عن مفهوم الجزاء -من منظور اجتماعي- باعتباره عقاباً منصفاً قدره القاضي في شأن جريمة بذاتها عرض عليه أمرها، فلا يحدد عقوبتها جزافاً، وإنما من خلال علاقة منطقية تربطها مباشرة بمن ارتكبها، لتقابل حدود مسئوليته جثاتها عنها، ويقدرها، بما يؤكد معقوليتها^(١).

٩. توريد القاضي للعقوبة بتصل بجوهر الوظيفة القضائية، ويتعلق بعوامل موضوعية مردها إلى الجماعة في ذاتها، وبمناصر شخصية تعود إلى مرتكبها. ولا يجوز بالتالي أن يقيد للمشرع من نطاق هذه الوظيفة عن طريق التدخل في مكوناتها، وإلا كان ذلك تعريضاً لها^(٢).

١٠. مناط شرعية الجزاء -جثاتها كان أم مدنياً أم تأديبياً- أن يكون متناسباً مع الأفعال التي لشها المشرع، أو حظرها، أو قيد مباشرتها. ذلك أن الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون للتدخل بها إلا بقدر لزومها؛ فلما بها عن أن تكون إيلاها غير مبرر، يؤكد قسوتها في غير ضرورة. ولا يجوز بالتالي أن تتكلس بمداها، أو بطرائق تنفيذها، القيم التي ارتضتها الأمم المتحضرة، مؤكدة بها ارتقاء حسها، تعبيراً عن نضجها على طريق تقدمها، واستواء فهمها لمعايير الحق والعدل التي لا يصدم تطبيقها ما يراه أوساط الناس تقييماً خلقياً واعياً لمختلف الظروف ذات الصلة بالجريمة^(٣).

(١) (٢) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢ - ص ٦٣ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ٥٠ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٥٢ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١١. كلما كان الجزاء الجنائي بغضاً أو عتياً، أو كان متصلاً بالفعل لا يجوز تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع الجريمة، كان هذا الجزاء غير مبرر. ذلك أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم، حدها قواعد الدستور. فلا يؤتم الفعل في غير ضرورة اجتماعية، ولا يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة^(١).

١٢. لا يجوز إعمال نصوص عقابية يمس تطبيقها إلى مركزه المتهم؛ ولا تفسير هذه النصوص بما يخرجها عن معناها أو يهدر مقاصدها؛ ولا مد نطاق التجريم - بطريق القياس - إلى أفعال لم يؤتمها المشرع بل يتعين دوماً - وكلما كان مضمونها يحتل أكثر من تفسير - أن يرجح القاضي من سببها ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية في إطار علاقة منطقية بين النصوص الجنائية وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها أو التي يمكن افتراضها عقلاً^(٢).

١٣. لا يفصل تأثم المشرع لأفعال بذواتها، عن عقوباتها التي يتعين أن يرتبط فرضها بمشروعيتها، وبضرورتها، وبامتناع رجوعيتها كلما كان مضمونها أكثر قسوة، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع.

وتتعلق هذه الضوابط جميعها بكل جزاء يتمحض عقاباً، ولو عهد المشرع بالنطق به إلى جهة غير قضائية^(٣).

١٤. تكون العقوبة أرفق بالمتهم، إذا كانت في محتواها *Le contenu* أو أوصافها *Les modalités* أو مبلغها *Le quantum des peines* أقل شدة من غيرها، وأهون أثراً بالنسبة إليه. ويتضمن اختيار العقوبة الأرفق لتوقيفها على المتهم، أن نقارن القوانين الجزائية التي تتراوح على محل واحد ببعض؛ وأن نتحقق من اتفاقها جميعاً مع الدستور؛ ونقارنها في عقوباتها فيما بينها. فإذا استقام في الفهم أن القانون اللاحق أهون في العقوبة التي فرضها من القانون القديم، تبين أن يخل هذا القانون مكانه للقانون الجديد؛ وأن يطبق هذا القانون منذ

(١) ص ٢٥٢ - الحكم السابق. وراجع كذلك في هذا المعنى للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) (٣) - دستورية عليا - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٧ - جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

صدوره باعتباره أعون على صون الحرية الشخصية. ذلك أن ضمان هذه الحرية لا يناقض حقوق الجماعة وضرورة التحوط لنظامها العام، إذ هما مصلحتان متوازيتان.

وما إنفذ القانون الأصلح منذ صدوره غير تأكيد للقيم التي أتى بها، والتي نقض بها القيم التي احتواها القانون القديم. وكلاهما تعبير عن الضرورة الاجتماعية التي استلهمها في زمن معين. لا فارق بينهما إلا في جزئية واحدة، هي أن القانون الجديد صار لكل لحقوقي المخاطبين بالقانون القديم، وأصون لحياتهم. ذلك أن الحرية الشخصية وأن كان يهددها القانون الجذلي الأسوأ، إلا أن القانون الأرقق بالمتمتع بصحتها، سواء صدر هذا القانون منسحباً تجريم أفعال أئمتها قانون سابق، أم كان معدلاً من تكيفها، أو مغيراً من بليان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يحور عقوبتها أو يخلفها^(١).

١٥. مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، ضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضي أفعالا بذاتها، ولا يقرر عقوباتها وفق اختياره؛ ولا يبتدعها ولو كان الحق والعدل في جانبها؛ ولا يقيس أفعالا مباحة على أفعال جرمها المشرع. وصار التأثم بالتالي والعقوبة هي التي تفضي إليه - صلا يخصص به المشرع، وبمراعاة أن سريان القوانين للجائيات لا يكون إلا مباشراً لا رجحاً.

ذلك أن القيم التي يصدر القانون الجذلي لمسايتها، لا تبلورها غير السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم. فلا تعبر عن إرادتهم إلا من خلال سلطة التقدير والتقرير التي تحدد على ضوئها الأعمال التي يجوز تأنيبها وعقوبتها لضمان مشروعيتها.

١٦. ضمان المشرع للحرية الشخصية، لا يفقد بالضرورة غل يده عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن صونها يفترض إمكان مباشرتها دون قيود جائزة تعطلها أو تحد منها؛ وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيسها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها^(٢).

١٧. يكون الجزاء مطلوباً إذا جاوز الجاني الحدود التي يجوز التسامح فيها. ويتصاعد أجزاء كذلك علواً على ضوء درجة خطورة الأفعال التي جرمها المشرع ودرجة جسامتها In ascending order of severity. ويتعين أن يتحدد مداه دوماً بقر وطأة الجريمة وجسامتها،

(١) ص ٤١٨ و ٤١٩ من الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ قاعدة رقم ٣٢ - ص ٥٠٦ وما بعدها - من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا يكون هنا في جريمة خطيرة، ولا غليظاً فيما دونها. وكلما فرض المشرع عين الجزاء على أفعال غشبية للتلفر فيما بينها، سواء في مضمونها أو عواقبها، كان مجاوزاً بمداه حقائق هذه الأفعال ومكوناتها، منتهياً إلى تساويها فيما بينها. فلا يزن المشرع -بالقسط- لكل فعل منها جزاء ملائماً، ولا يعطي كل جريمة ثوباً^(١) بلتزم وينيلها، وإنما يقيس أقل الأفعال خطراً على أكثرها جسماً^(٢).

١٨. يصل الجزاء الجنائي المقيد للحرية -في منتهاه- إلى الإيداع في السجون التي صمم بناؤها كملكن لا تتوخى غير حفظ المذنبين بها وكأنهم أشياء لا قيمة لها. فلا تكون لهم حتى الحقوق التي تتطلبها ضرورتهم في الحياة أو احتياجاتهم الإنسانية حتى في هذا الأدنى. ذلك أن القائمين على السجون لا يعملون من أجل إعادة تأهيلهم إلا في نطاق محدود. وهو ما يؤكد علم الإحصاء من استقصاء أعداد المالكين من المجرمين Recedivists -لا إلى الجريمة ذاتها- بل إلى جريمة للدح لثراً. ويزيد من خطورة الأمر، أن كثيراً من الجرائم لا يتم الإبلاغ عنها. وحتى بعد تبليغها إلى المسؤولين عن مكافحة الجريمة وتعقبها، فإن جناحها أحياناً يظنون مجهولين؛ ولا تمتد إليهم يد العدالة. ولكنها قد تحوط بأخرين يرون أن سوء حظهم، وليس سوء سلوكهم، هو ما أوقعهم في قبضتها.

١٩. كذلك يسخط بعض الجناة يسخطون على مجتمعهم، ويشأرون بالجريمة التي يرتكبوها، من تندي لأوضاعهم فيه، سواء بالنظر إلى بطلانهم، أو إلى انتمائهم إلى لفافة مضطربة؛ أو إلى معاملتهم على وجه يحط من كرامتهم. بل إن نظم العدالة الجنائية في بلد ما، كثيراً ما تزيد من احتقار الجناة المحتملين Potential offenders للقيم الاجتماعية السائدة فيها؛ وعلى الأخص لأنهم لا يستطيعون غالباً الحصول على محامين مقدرين مما يدفعهم إلى الإقرار بذنوبهم، قبل أية محاكمة فعلية. وحتى في الأحوال التي توفر الدولة لهم فيها محامين تكديهم للدفاع عنهم؛ فإن هؤلاء لا يهتمون كثيراً بتحقيق العدالة والعمل من أجل إرسائها. ولكنهم ينصرفون إلى شئون أخرى تعنيهم بدرجة أكبر، ما لم يكن للقضية التي يندبون لها وقعها الخاص عند الجماهير، فلا تكون خلفيتها إلا مدخلاً لشهرتهم.

فضلاً عن أن الجناة السابقين Ex-convicts يعملون كمذنبين حتى بعد الإفراج عنهم، ولو بذلوا جهداً عريضاً وصادقاً، لتوفيق لأوضاعهم مع الجماعة، والتغيد بنظمها وقيمها. كذلك يحشر الصغار الذين يرتكبون للجريمة للمرة الأولى، إلى جوار الأقياء الذين أوغسوا في

(١) مسورية طوى القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية مسورية جلسة ٦ يوليو ١٩٩٨، قاعدة رقم ١٠٤-ص ١٣٦٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الجريمة، وألقوها كنمط لحياتهم. وقد يعهد للقاتمون على إدارة السجون -وبالنظر إلى قلتهم- بضبط نظامها، وعلى الأكل في بعض جوانبه- إلى أكثر السجناء غلظة، وأبغضهم إلى رفقائه. فلا يكون فرض الأمن دخلها إلا من خلال التضحية بحكم القانون وبالعادلة، ليخرج للمودعون في هذه السجون منها، أشد إجرماً وأكثر تمرداً على مجتمعهم.

وفي إطار هذه الأوضاع المقيتة، صار ينظر إلى عبوة العقوبة، ليس فقط على ضوء مبلغها عند الحكم بها. وإنما كذلك على ضوء كيفية تنفيذها التي كثيراً ما تزيد من أمراض العقوبة، وتحيلها عبئاً فادحاً على من أصابتهم بقيودها.

المبحث الثامن

القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة

٦٦١- لا يفترض في النظم الجنائية أنها نظم خيالية تبلور فيما نظرية هائمة في الفراغ. وإنما هي نظم واقعية تتطور مفاهيمها في إطار الحرية للمنظمة التي لا يجوز إهمال متطلباتها حتى في أسوأ الجرائم وأفحشها *The most heinous crimes*.

ذلك أن هذه النظم تحدد من خلال إجراءاتها وقواعد الموضوعية- نطاق الحقوق التي تكفلها للمخاطبين بها، والتي توازن بها بين حق الجماعة في ضمان مصالحها الجوهرية، وحقوق الجناة المحتملين أو المتهمين التي لا يجوز اللزول عنها أو التفریط فيها، والتي يتقيد بها الحق في القصاص من العابثين بالنظم الجنائية، بما يكفل تحقيق الأغراض التي تستهدفها، وبما لا يخل بأية قاعدة قانونية يكون إنصافها مقتضيا تطبيقها، ولو لم ترد هذه القاعدة في وثائق إعلان الحقوق.

ومن بين هذه القواعد، أن سريان النظم الجنائية في شأن المخاطبين بها، يفترض فهمهم لحقيقتها. فإذا شابها غموض جهل بأحكامها- عرّ على الأخص فيما يتعلق ببيان الجرائم التي أحثتها- لنقض تطبيقها شرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز النظر إليها بوصفها وسائل جامدة مفاهيمها. ذلك أن هذا الوسائل متطورة بطبيعتها، متجددة روحها، لأنها تبلور في مجموعها ما تراه الجماعة حقاً وإنصافاً على ضوء قيمها في لحظة زمنية بذاتها، ولأن السلطة للتحكيم التي تفرض نفسها على رعاياها بما يضر بهم، تتساقض بتصرفاتها حكم الدستور والقانون.

ولا شبهة في أن الحق في الحياة أو الحرية وكذلك حقوق الملكية، تمثل أهم القيم التي تمسها القوانين الجنائية. وجميعها مصالح يحميها الدستور ولا يجوز أن يخل بها اتهام جنائي ما لم يقتزن الفصل فيه بالوسائل القانونية السليمة التي يفترض تحقيق دفاع المتهمين وسماع أقوالهم قبل إدانتهم بالجريمة^(١). ولا يجوز بوجه خاص حرمان شخص من مزايا كان يحصل من الدولة، بمجرد تغييره عن آراء يؤمن بها. إذ يعتبر هذا الحرمان عقاباً علي مباشرته لحرية التعبير وللحق في الاجتماع بالمخالفة للدستور^(٢). ويتعين بالتالي قبل الحرمان من هذه المزايا أن يتوافر لصاحبها فرص الدفاع التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة^(٣).

(١) Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564 (1972).

(٢) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972).

(٣) Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

Pre-Termination evidentiary hearing شأن الحرمان من هذه المزايا، شأن الحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية إذا تهددها اتهام جنائي. ذلك أن هذا الاتهام يؤول إلى زوال هذه الحقوق كلها أو بعضها إذا ظل قائما بغير دفاع يقظ. ومن ثم يكون حق المتهم في نفي الاتهام ومواجهة الشهود الذين تقدمهم النيابة لإثباته وتقدير أقوالهم، واقعا في إطار الوسائل القانونية السلمية، بما في ذلك دفاع المتهم ببيان القيص والتفتيش، ومباشرة أوجه الدفاع المختلفة عن طريق محام مأجور من اختياره *Due Process requires an opportunity to confront and cross-examine adverse witnesses.*

ولا يجوز القول بأن حضور المحامي المأجور مع المتهم، يطول أمد الدفاع أو يعقده. ذلك أن المحامي هو الأكثر علي تحديد النقاط المتنازع عليها، وترتيبها في صورة منطقية، ومواجهتها قانونا، وحماية مصالح المتهم بالتالي في نفي التهمة بكل أجزائها، وعلى الأخص عن طريق إسقاط الأدلة التي لا يجوز قبولها قانونا، أو التي أخفها النيابة لتظهرها في اللحظة الأخيرة التي لا يكون المتهم قد نهيا قبلها للرد عليها. ويتعين دوما أن يدار هذا الدفاع على نحو يؤمن جديته، وأن يتم في إطار قواعد إجرائية منصفة لها مصداقيتها (١). *Fairness and Reliability*

كذلك لا يجوز في أية حال أن تكون التكلفة المالية التي يقتضيها تحقيق دفاع المتهم، حاجلا دون إعمال شرط الوسائل القانونية السلمية، ولا عاملا مرجحا يعوق تطبيق هذا الشرط. وينبغي أن يلاحظ كذلك أن دفع المتهم للتهمة، يفترض إخطاره بها، وأن يكون الدفاع ملائما على ضوء طبيعة التهمة ودرجة تعقدها.

(١) *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

المبحث التاسع

تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والإجرائية

٦٦٢- القانون الجنائي الموضوعي والإجرائي، متكاملان في أثرهما على الحق في الحياة وفي الحرية والملكية. ذلك أن أولهما يواجها بالجزاء، وثانيهما بكيفية توقيمه. وإذا قيل بأن أولهما أكثر خطراً على الحرية الشخصية لأنه يقدها تقييداً مباشراً، إلا أن فرض عقوبة أو توقيعها في غير حدود القانون، لا يقل سوءاً عن الفصل في الاتهام الجنائي بغير دفاع، أو بصورة مختصرة، أو خلال مدة مسببة في طولها، أو في إطار محكمة لا تتوفر لها ضمانات الحيدة والاستقلال التي تحلّي أحكامها دليل مصداقيتها، وتكفل قبول الجماهير لها.

ونظراً للتقيد التي يفرضها القانون الجنائي الموضوعي خطرهما وأصعبها من القواميس الآتي بيانها:

أولاً: أن من بينها ما يتصل مباشرة بالشرعية الجنائية كتعلق القانون الجنائي بالفصل بنواتها نص عليها وحصرها، حتى لا تختلط دائرة التجريم بدائرة الإباحة، وهي الأصل، وكسريان القانون الجنائي على الأعمال التي تقع بعد تاريخ العمل به، حتى لا يكون هذا القانون رجعيّاً في أثره، ويحظر فرض عقوبة بغير حكم قضائي Bills of Attainder، أو فرض عقوبة لا أصل لها في القانون، أو تقرير عقوبة فيما وراء حدود القانون.

ثانياً: عقود تتصل بضرورة ضمان حقوق المواطنين وحياتهم التي كفلها الدستور، فلا يخل بها المشرع، كأن يفرض عقوبة على مباشرة الفرد لحرية التعبير أو للحق في الاجتماع أو لحرية العقيدة أو لبحوث علمية لأجراها، أو لعمل من أعمال الإبداع قسم به، أو لزوج مختلط دخل فيه interracial marriage، أو للحق في تكوين أسرة، وحماية أفرادها ورعايتهم، أو الحصول على كل معلومة نافعة، أو للاستمتاع بوجه عام بكافة المزايا التي تتولد عن سمي الإنسان الحر لبلوغ السعادة التي يرتجيبها في إطار الحرية المنظمة. ولا يجوز أن يتخذ المشرع بالتالي سرفي إطار سلطته في فرض الجزاء الجنائي- من العقوبة سائر التقيد به مباشرة حقاً أو حرية كفلها الدستور^(١).

ثالثاً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة لا يتحصر في القواعد الإجرائية التي تكفل محاكمة المتهم بطريقة منصّفة A guarantee of procedural fairness، وإنما لهذا الشرط مفهوم موضوعي كذلك. ذلك أن تطبيق المفهوم الإجرائي لهذا الشرط، يقصر عن مواجهة الأحوال

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905); Zucht v. King, 260 U.S. 174 (1922); Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927); Minnesota v. Probate Court ex rel Pearson, 309 U.S. 270 (1940)

التي تتل فيها القوانين الجنائية بطريقة تحكيمية Arbitrary line-drawing من الحق في الحياة أو في الحرية أو في الملكية، أي كان قدر إنصافها في تطبيقها إجرائياً على المواطنين. ولا يجوز بالتالي وفق المفهوم الموضوعي لشرط الواسل للقانونية السلمية، أن تفرض القوانين الجنائية في غير ضرورة؛ ولا أن يتم تطبيقها بصورة انتقائية تخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين، ولا أن يشوبها غموض يجهل بمضمونها، فلا تتضمن إخطاراً كافياً بالأفعال التي نهتهم عنها^(١).

٦٦٣- تلك محاور ثلاثة للقيود التي يفرضها الدستور على القانون الجنائي الموضوعي بالنظر إلى خطورة الآثار التي يرتبها في علاقته بالمخاطبين به.

ذلك أن العقوبة التي يفرضها القوانين الجنائية موضوعية -ربالنظر إلى طبيعتها- تكال أصلاً من حرية الفرد أو من ملكيته، وقد تجرده من الحق في الحياة. يؤيد هذا للنظر أن العقوبة تاريخياً كانت أداة اضطهاد وقهر، تسلط بها الطغاة لتحقيق مصالحهم التي لا شأن لها بالأغراض الاجتماعية للقوانين الجنائية؛ ولا بصون حقوق الأفراد وحياتهم التي كفلها الدستور؛ ولا بضرورة الفصل بين حقوق الطغاة ومصالح مواطنهم التي خاطبها الطغاة بحقوقهم أو امتيازاتهم.

بيد أن إيمان الأمم المتحضرة بالحق في الحياة، وبضرورة ضمان الحرية بما لا يرهقها في غير مبرر، وبما لا يخل بحقوق المواطنين وحياتهم الأساسية، حملها على ضبط القوانين الجنائية في إطار نظم مدنية- بما لا يحور أهدافها أو يشوهها.

وكان طريقها إلى ذلك إبدال القوانين الجنائية التي تجهل بالأفعال التي تؤثمها، بقوانين تتوفر فيها خاصية اليقين بما يزيل الغموض فيها. وذلك بأن تصاغ بلغة صارمة قاطعة معانيها، حتى توفر للمخاطبين بها، إخطاراً كافياً بمضمون الأفعال التي حظرتها.

ولم تعد الجريمة تحكمها نزوة المشرع، لا في بياحه مضمون الأفعال التي تكونها، ولا في تحديده لنوع أو لغز عقوبتها.

وقد كان التطور في هذا الاتجاه بطيئاً في أول الأمر، إلا أن تصاعده بصورة مطردة، دل على حيويته وضرورته، وعلى أن الصراع من أجل الحرية وضمان حقائق العدل، مبدد ومرير في آن واحد، وأن خطأ يتعين أن يرسم ليفصل بصورة حادة بين الأفعال التي يجوز تأكيدها في إطار الضرورة الاجتماعية، وتلك التي يتمحض تجريمها عن إساءة استعمال السلطة.

(١) Bolling v. Sharpe, 347 U.S.497 (1954).

وإجراء هذا التقسيم وإن كان ضرورة لا نزاع فيها ولا يحتاج فهمه إلى بيان؛ إلا أن الطريق إلى التمييز بين أفعال يجوز فرض عقوبة على إتيانها؛ وأفعال أخرى لا يجوز أن يشملها هذا الجزء، من الصعوبة يمكن، إذ يقوم على الموازنة بين مصلحتين قد تتعارضان.

أولاهما: حقوق الفرد قبل الجماعة، وثانيتهما: مصلحة الجماعة في مواجهة مواطنيها. ولئن كان تحقيق هذا التوازن بين هذين النوعين من المصالح، وتحديد العوامل التي تؤثر فيه، من المسائل الإجرائية، إلا أن أثره على حرية الفرد يتصل بجوهر الحقوق التي يملكها، وهو ما حدا ببعض المستقر إلى النص على ألا يحرم أحد من الحق في الحياة، ولا من حريته أو ملكيته بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة، أو ببال من الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في كل حال وعاء لنظم الحقوق ببلور جوهر العدالة، ويستتبع القواعد الخلقية التي فرضتها تقاليد الجماعة وقيمها، الفائدة -حقاً وصدقاً- في أفعالها، إلى حد اعتبارها من القواعد الرئيسية التي تكل على تحضرها وارتقاء صحتها^(١).

ذلك أن الحرية التي يحصها الدستور، هي الحرية من كافة القيود المفروطة في التحكم، والتي لا ترتجى فائدة منها *Substantial arbitrary impositions and purposeless restraints*.

٦٦٤- وإذا كان ما تقدم هو الشأن في القانون الجنائي الموضوعي، فإن القانون الجنائي الاجرائي كثيراً ما يكون شديد الخطر بالنسبة إلى مصير المتهم، وعلى الأخص من جهة القواعد الاجرائية التي تتصل بأدلة الجريمة التي يجوز قبولها قانوناً، والآلية التي يتم على ضوئها إدارة العدالة الجنائية، والتي تؤثر درجة التكامل في إجراءاتها في مادة الخصومة الجنائية أو موضوعها. وليس مقبولا بالتالي أن يدان متهم بناء على وقعة لم تتلقشها محكمة الموضوع أو لم تطرح عليها. ذلك أن الوصول إلى الحقيقة العارية أو المطلقة ليس مطلوباً، وإنما هي الحقيقة في جوانبها التي يجوز عرضها اجرائياً على المحكمة، والتي بدونها يستحيل أن نطمئن إلى أية نتيجة موثوق منها^(٢).

The object of the search in a criminal trial, as it appears to day, is not for naked truth, but for that portion of the truth which the rules permit to be presented.

(١) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1967); Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961); Skinner v. Oklahoma, ex rel. Williamson, 316, U.S. 535 (1942); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes (The law of public order, 1974, pp.313-320.

الفصل الثاني

قواعد الفرعية الجنائية

المبحث الأول

لا جريمة بغير قانون

No Crime without law Nullum Crimen Sine Lege

٦٦٥- ليس التجريم عملية لا ضابط لها، ذلك أن الأفراد في سلوكهم يتأثرون كافة الأعمال التي يرونها كافلة لمصالحهم، بغض النظر عن الآثار التي تتركها. غير أن وجود الأفراد في إطار تنظيم اجتماعي يضمهم، يفترض صونهم لحقوق الآخرين بما لا يرققها أو يعطلها. وكان على المشرع أن يتدخل ليحدد خطأ واضحاً بين الأعمال التي يؤذن لهم بالقيام بها، وتلك التي ينهاهم عنها^(١). وقد يفرض القانون المعني جزاء على بعض الأعمال المخالفة لأحكامه، كتقرير بطلان بعض العقود بطلاناً مطلقاً أو نسبياً.

ويتقرر الجزاء الجنائي بإتيان المخاطبين بالقوانين الجنائية لأفعال أثمها المشرع، ولكن الجادة تارفوها، فعق عليهم جزاؤها. ويتعين بالتالي أن يكون هذا الجزاء -وهو جزء من الجريمة التي أنشأها المشرع، فلا توجد بدونه- فلكما على ضرورة اجتماعية تبرره، يبلورها أصلاً قانون بمعنى الكلمة يصدر عن السلطة التشريعية.

بيد أن الدستور -خروجاً على هذا الأصل- قد يجيز التجريم -لا بقانون- وإنما في حدود القانون. ولا يعتبر هذا التفويض من قبيل اللوائح للالتزمة لتنفيذ القوانين المشار إليها في المادة ١٤٤ من الدستور؛ ولا هو صورة من صور التفويض العام بتقيد بشروطه المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور؛ وإنما هو تفويض خاص يتعلق بأحوال بنواتها تعيينها السلطة التشريعية التي تنزل للسلطة التنفيذية عن بعض مظاهر اختصاصها في مجال التجريم، لتتولاها بنفسها في الحدود التي يبينها السلطة التشريعية. وهو ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور التي تقضي بألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون^(٢).

(١) لا يدخل الواط في إطار الحق في إنشاء علاقة حميمة. بل هو ليس بحق أصلاً.

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

كذلك ليس حق المرأة في إجهاض نفسها من الحقوق المطلقة الناشئة عن خصوصية تصرفاتها في جسدها

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

(٢) United States v. Eaton, 144 U.S. 677 (1892) "Only acts which the legislature has forbidden, with penalties for disobedience of command, are crimes".

وحتى لو لم النمستور بعض الأعمال كجرائم الخيانة، وجرائم التفويض في أعالي البحار، والجرائم ضد قانون الأمم، والجرائم ضد العملة، وعلى الأخص ما تعلق بتزييفها، إلا أن السلطة التشريعية حرة خلق الجرائم وتقدير عقوباتها، بقدر ما يكون ذلك ملائماً لتحقيق غرض عام^(١). ومن ذلك تجريم القاتل ضد مولد لحرماته من مباشرة حق، أو الانتفاع بامتياز يكفله النمستور أو القانون، وتجريم محاولة التخلص من دين الضريبة.

بيد أن الصعوبة الحقيقية، هي في اتجاه بعض المحاكم إلى فرطحة النصوص القانونية من خلال تطبيقها على أحوال لا تشملها هذه النصوص وقياسها عليها. حال أن الأعمال جميعها لا ينظر إليها إلا بالفترض بقائها على أصل إحاطتها. فلا تخرج من هذا الأصل إلا بنص صريح. فلن لم يصدر، فلننا نظل في نطاق الحل أي كان قدر إغلاها بالنظام العام أو فوضيتها أو إساحتها إلى التقاليد السائدة. ولا يجوز بالتالي وصفها بأنها جرائم من نوع خاص، ذلك أن الجريمة لا يحدثها إلا نص قانوني، فلا يجوز للفترض وجودها، ولا خلقها من خلال التفسير القضائي، ولا تحيين أركانها بما يجهل بها. وصار أصلاً في القانون الجنائي إلا جريمة بغير قانون أو في حدوده

ويتصل بهذا الأصل ألا عقاب بغير جريمة، ولا جريمة بغير عقوبة، ولا رجعية للقوانين الجنائية، ولا عقوبة بغير حكم قضائي.

ولهما يلي تفصيل لما تقدم

أولاً

لا عقاب بغير جريمة

No punishment without law

Nulla Poena Sine Lege

٦٦٦- لا تفصل العقوبة عن الجريمة، ذلك أن الجريمة لا توجد إلا في إطار عناية قانونية يرتبط بها تقدير الجزاء على ارتكابها.

وكما أن الجريمة لا ينشأ إلا قانون أو في حدوده، كذلك تتحدد عقوبتها بالطريقة ذاتها. وهما بذلك كل لا يتجزأ. فالتجريم يفترض إخراج أفعال بنواتها من دائرة الحل. ولكن مجرد إخراجها من هذه الدائرة، لا يكفي لإحاطتها بالمفاهيم المعاصرة للجريمة. وإنما تدخلها العقوبة -بما يتوافر لها من خاصية الردع- في زمرة الأعمال التي أتمها المشرع جنائياً.

(١) United States v. Fox, 95 U.S. 670 (1978); United States v. Hall, 98 U.S. 343 (1879).

وهذه العقوبة هي التي يتمثلها الجناة المحتملون ويدركونها فيما يتقدمون عليه من الأفعال التي نهام المشرع عنها. ويقدرّون بالتالي على ضوئها مخاطر إثبات الجريمة، ومزايا التخلي عنها. ولا يتصور في النظم القانونية جميعها، أن تفرض عقوبة ثقيلة على أفعال يراد زجر المواطنين عن ارتكابها؛ ولا أن يكون تطبيق العقوبة الملائمة -سواء في نوعها أو مقدارها- تكليلاً بمن تسمحهم؛ ولا أن تفرض عقوبة سراً، فلا يعرفها غير من يصيبهم أذاها.

ثانياً

لا جريمة بغير عقوبة

No Grime without punishment

Nullum Crimen Sine Poena

٦٦٧- هذه القاعدة هي الوجه الآخر لسابقتها، وهما بالتالي معنيان متقابلان لا متصادمان. ولا يتصور بالتالي أن توجد قوانين جنائية بغير عقوبتها، وإلا اختلط أمرها بغيرها من القوانين. فلا تكون لها ذاتيتها. ويفترض ما تقدم، ألا يكون جزاء الجريمة، من طبيعة مدنية، وإلا صار القانون الصادر به مجرداً من خصائص القوانين الجنائية، فلا يلحق بها أو يأخذ حكمها.

ثالثاً

امتناع تقرير أثر رجعي للقوانين الجنائية

The Prohibition Against Ex Post Facto Laws

٦٦٨- وإذا كان قانون الجريمة، هو قانون للقيم الاجتماعية التي لا يجوز الإخلال بها؛ إلا أن الشرعية الدستورية تظل إطاراً لهذا القانون الذي ترد جنوده إلى القانون الطبيعي، وكذلك إلى محصلة الخبرة الإنسانية في شأن ما يعتبر -في ركائزه الجوهرية- عدلاً وإنصافاً.

وتوازن هذه الشرعية بين السلطة البوليسية التي تملكها الدولة في مواجهة المخاضعين لها؛ وبين ضرورة حمايتهم في مواجهة إساءة استعمال هذه السلطة خروجاً بها عن أهدافها، وعلى الأخص من ناحية قيم العدل التي يتعين أن نلتزمها، والتي يحرص المواطنون على ضمانها.

وهذه القيم التي يندرج تحتها خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية -وما يقترن به من حقوق- تشكل جزءاً من للوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز الإخلال بها.

ذلك أن لكل جريمة عقابا. ومن شأن عقوبتها تنقيح الحرية الشخصية أو إهدار الحق في الحياة أو في الملكية. وهي عقوبة لا يجوز فرضها على أفعال تم ارتكابها قبل المصطلح بها Ex post facto Laws. وهذه القاعدة التي تقبلها الدول المعاصرة جميعها، ولا تثير جدلا فسي شائها، لا مجال لتطبيقها في غير القوانين الجنائية، وأساسها أن كل عقوبة تفرض في المنزلة بها، لإحاطتهم بما هيها قبل مريتها. فإذا جرم المشرع فعلا كان مباحا وقت ارتكابه، أو فرض عقوبة أشد على أفعال كانت عقوبتها أقل حين ارتكابها، فإن تقرير مريان للقانون الجديد عليها، يعتبر مخالفا للدستور، ولو تخفى القانون الجديد في شكل مني^(١).

ذلك أن رجعية القوانين الجنائية محظورة في الدساتير جميعها، حتى تلك المعمول بها في نطاق ولاية داخل تنظيم فيدرالي^(٢). ولا يجوز بالتالي تأخير فعل كان مباحا وقت ارتكابه، ولا أن يوقع المشرع على فعل مؤثم عقوبة أشد من العقوبة التي كان المشرع قد حددها من قبل للجريمة ذاتها، ولا أن يدان إنسان عن أفعال كانت مؤثمة حين قارفاها، ثم ألغى المشرع تجريمها بأثر رجعي يرد إلى اللحظة التي حظر فيها ارتكابها^(٣).

ولا يجوز كذلك أن يعدل المشرع من بنين جريمة كان قد حدد من قبل ارتكابها، ليضو بمركز شخص كان قد ارتكبها.

٦٦٩- ولا يعتبر عقابا رجعيا في مفهوم القوانين الجنائية:

١. حرمان الأشخاص الذين يجمعون بين أكثر من زوجة Polygamist من حق الاقتراع. إذ يتصل هذا الحرمان بالشروط التي يتعين أن يباشر حق الاقتراع في نطاقها^(٤).
٢. صدور قانون يخلو وزير شؤون العمل إبعاد غير المواطنين الذين يرتكبون جرائم سابقة على صدور هذا القانون. وكذلك كل قانون يلغى الإعانة الاجتماعية لكبار السن من غير المواطنين الذين تم طردهم بالنظر إلى انتمائهم إلى الحزب الشيوعي^(٥).

(١) Burgess v. Salmon, 97 U.S. 381 (1878)

(٢) Lindsey v. Washington 301 U.S. 397 (1937).

ويلاحظ أنه كان يظن أن قاعدة عدم الرجعية تنصرف إلى القوانين بوجه عام حتى ما كان منها مدنيا. ثم استقر القضاء على قصر تطبيقها على القواعد الجنائية (1798) 386 Dall. (3 U.S.) 3 Calder v. Bull. ولكن لا يجوز أن يعطي قانون جنائي، الصفة المدنية لتجريم مرياته بأثر رجعي.

(٣) Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15 (1885).

(٤) Mahler v. Eby, 264 U.S. 32 (1924).

(٥) Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960).

٣. تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ادعاء ارتكابه لجريمة نسبتها النيابة إليه. فإذا لم يكن مكانها قد تحدد أصلاً، جاز أن يحدده للمشرع بقانون لاحق^(١).

ولازم ما تقدم، أنه إذا صدر قانون ملغياً الأثر الرجعى لعقوبة فرضها قانون سابق، فإن من أتى الجريمة قبل إقرار القانون اللاحق، لا يجوز أن يدان عنها بمقتضى أحد هذين القانونين.

وعلى القاضى-ركلما كان ذلك ممكناً- أن يحمل القانون الجنائى رجعية الأثر-سمن خلال تفسيرها- على التطبيق المباشر لأحكامها.

٦٧٠- ويقصد بالقوانين رجعية الأثر، ما يأتى:

أولاً: القوانين التى تفرض جزاء سدياً كان لم تأديبياً لم جنائياً- على أفعال لم يكن يقرنها جزاء من هذا النوع حين إتيانها. وفى ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أن مضمون قاعدة القانونية التى تسمو فى الدولة القانونية عليها، وتتقيد هى بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التى التزمها الدول الديموقراطية فى مجتمعاتها، واضطرد العمل عليها فى مظهر سلوكها المختلفة وأنه مما يلقى مفهوم الدولة القانونية، أن يقرر المشرع سريان عقوبة تأديبية بأثر رجعى، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها، تشكل ذنباً إدارياً مؤخذاً عليه بها^(٢).

ثانياً: تعتبر مخالفة للدستور، يمين الولاء Loyalty Oaths التى يتخذها المشرع أداة لحرمان الأشخاص الذين يتكونون عن حلفها، من الحق فى العمل العام-أو من غيره من الحقوق التى يكون للدستور قد كفلها- إذا كان ما نوهاه بهذه اليمين، عقابهم عن أنماط سابقة من سلوكهم المشرع^(٣).

(١) Cook v. United States, 138 U.S. 157 (1891).

(٢) "دستورية عليا"-القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ١٤-جلسة ٤ يناير ١٩٩٢-ص ٩٥ و ٩٦ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) ويلاحظ أن يمين الولاء فى ذاتها، غير مخالفة للدستور بالنظر إلى ضرورتها لضمان الأداء الأكوم للعمل العام. ويفترض ذلك أن تصاغ اليمين الدستورية فى حدود ضيقة، ذلك أن اتساع دلالتها يبطلها. انظر فى ذلك:

Gramp v. Board of Public Instruction, 368 U.S.278 (1961).

Grenade v. Board of Supervisors of Elections, 341 U.S. 56 (1951); Garner v. Board of Public Workes, 341 U.S. 716 (1951); Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

الثاني: كذلك يعتبر فرض عقوبة على الممولين الذين يتخلفون قبل سريانها، عن إيفاء ضريبة سابقة، إعمالاً لهذه العقوبة بأثر رجعي؛ شأنها في ذلك شأن قوانين العفو التي يقرر المشرع إلغاءها منذ العمل بها.

رابعاً: ويعتبر للقانون رجعي الأثر، إذا غلط العقوبة المقررة للجريمة بعد ارتكابها، وقرر سريان العقوبة الأشد عليها.

وكذلك إذا كان العقوبة التي فرضها المشرع للجريمة، حد أدنى، ثم جعل قانون لاحق، حدّها الأقصى جزاء وجوباً لها.

وإذا كان الجزاء على الجريمة هو السجن المؤبد أو الإعدام، ثم أبطل المشرع هذا الخيار بعقوبة واحدة هي الإعدام، فإن هذا القانون يكون رجعي الأثر فيما يتعلق بالجرائم التي تم ارتكابها قبل هذا التحديل.

وإذا قرر المشرع أثناء تنفيذ عقوبة الجريمة، جزاء إضافياً لها، كالإيداع في زنزانة فردانية حتى اكتمال القصاص من مرتكبها، فإن هذا القانون يكون رجعياً في أثره ومخالفًا للدستور. وهو ما يتحقق كذلك بإحلال عقوبة السجن المنفرد بدلاً من السجن البسيط، وتطبيقها على من أدانته المحكمة بالعقوبة الثانية. ولا كذلك نقل المسجون من سجن إلى سجن آخر ولو كان كلاً ملاممة بصورة جوهرية من الأول. إذ ليس للمسجون حق البقاء في الأماكن التي أودع أولاً فيها، ولو كان هذا النقل جزاء لأعمال أثارها المسجون، وصار عقاباً بالتالي^(١).

ولا يعتبر رجعي الأثر، تخليط العقوبة في شأن مجرمين سابقين بعد إصرارهم على الإجرام، إذ يعتبرون عائدين، ويستحقون بالتالي العقوبة الأغلظ عن الجريمة الأخيرة التي ارتكبوها، دون جرائمهم السابقة التي تظل عقوباتها على حالها بلا تغيير^(٢).

ومع ذلك إذا كان القانون الصادر بتخليط العقوبة على المجرمين العائدين، لم يعمل به إلا بعد إتيان الجرائم السابقة جميعها، فإن عقوبة الجريمة الأخيرة التي أثارها جان قبل نفاذ هذا القانون، لا تزيد.

(١) *Meachum v. Fano*, 427 U.S. 215 (1976).

(٢) *Gryger v. Burke*, 334 U.S. 728 (1948).

خامساً: والرجعية في الصور المتقدمة جميعها، ترتبط بالقانون الأسوأ بالنسبة إلى مركز المخاطبين بالنظم الجنائية. فإذا كان القانون آمون أثراً، أو كان يحل طريقة تنفيذ عقوبة الإعدام من الشفق إلى الصبح بالكهرباء، فإنه لا يعتبر مخالفاً للدستور^(١).

سادساً: وإذا أدخل المشرع باثر رجعي، تحديلاً على القواعد القانونية التي قررها لمسي شأن الجريمة من جهة إثباتها، بما يجعل التلكيل على صحة إسنادها إلى المتهم بارتكابها، أيسر على سلطة الاتهام من الشروط السابقة التي كان معمولاً بها قبل تعديل شرائط قبول أو وزن الدليل، فإن هذا القانون يكون محظوراً.

ولا يعنى ذلك أن كل تغيير في القواعد الإجرائية فيما بين الجريمة والفصل فيها، يعتبر مشوباً بعدم الدستورية. ذلك أن بطلان هذا التغيير يتحدد على ضوء ما إذا كان من أثره الإضرار بصورة جوهرية أو خطيرة بمركز المتهم. ولا يجوز بالتالي إنقاص عدد المحلفين، أو الاكتفاء بموافقة أغليتهم، بدلا من اشتراط إجماعهم على قرار يدينون به المتهم. إذ يفترض في هاتين الصورتين أن دلائل كل تكفي لإقناع عدد أقل من المحلفين، وتعتبر محظورة بالتالي. بما موداه أن ما يقل أو لا يقل من التغيير في القواعد الإجرائية، أمر يتصل بدرجة التغيير أو مداه The distinction is one of degree.

فكلما كان التغيير منتهيا إلى الإضرار الخطير بمركز المتهم -كالإغلاخ بحقوق الدفاع التي يفترض أنه يملكها- كان هذا التغيير غير مشروع^(٢). ومن ذلك أن يصير إثبات براءته بعد إجراء هذا التغيير، أكثر صعوبة^(٣).

والتغيير في الأوضاع الإجرائية عن طريق إحلال محكمة محل المحلفين في الفصل في الاتهام الجنائي، يعتبر معيباً، وإن كان العكس يوافق للدستور.

وقضى بأن إلغاء الطعن استئنافياً في الحكم الصادر من محكمة أول درجة -وبأثر رجعي- لا مخالفة فيه للدستور. وهو ما أراه محل نظر، إذ لا يجوز بد بدء ميعاد الطعن، إلغاء طريقه.

(١) Malloy v. South Carolina, 237 U.S. 180 (1915).

(٢) Beazell v. Ohio, 269 U.S. 167, 170, 171 (1925).

(٣) Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867).

سابعاً: وكلما كان مضمون القانون منطوياً على تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي، فإن هذا القانون -ولو أفرغ في صورة القوانين المدونة- يعامل باعتباره قانوناً جزائياً. بما موده أن مضمون القانون، وليس الصورة التي اتخذها، هي التي تحدد ما إذا كان محتواه عقابياً أم لا. وتجريد مواطن من جنسيته، يعتبر عقاباً لا يجوز أن يؤسس على واقعة سابقة لم يجرمها المشرع قبل هذا التجريد.

ثامناً: ونعياً يتعلق بالضريبة التي يفرضها المشرع بأثر رجعي، ويقرر جزاءً جنائياً على عدم أدائها، فإن من المقرر قانوناً أن مراجعة السلطة التشريعية لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وإن كان يدخل في اختصاص هذه السلطة حتى توفر للدولة الموارد التي تحتاجها للنهوض بمراقبتها، وكانت الضريبة في بواعثها مما يستقل المشرع بتقديره، إلا أن الضريبة رجعية الأثر -في مضمونها وجزئها- تكون مخالفة للمستور، إذا أجازها المشرع على أعمال قانونية تكتمل تكوينها ونفاذها قبل صدور قانون الضريبة الجديدة؛ وكان المكلفون بأداء هذه الضريبة، لا يتوقعونها -في مجموعهم- بالنظر إلى طبيعتها أو مبلغها؛ أو كان يتحذر عليهم عقلاً توقعها أثناء تعاملهم في أموالهم في إطار الضريبة القديمة، ونقلهم ملكيتها إلى آخرين على ضوء أحكامها.

ذلك أن سريان الضريبة الجديدة عليهم في شأن صور التعامل هذه، النافذة أثناء سريان الضريبة القديمة، يصادم توقعهم للمشروع لنطاق تطبيقها^(١)، ويعتبراً بالتالي جزاء غير مبرر.

تاسعاً: وقاعدة رجعية القوانين، وما يرد عليها من قيود من جهة جوازها أو حظرها، وإن كان لا شأن لها بالمبادئ التي تضعها السلطة القضائية من خلال اجتهاداتها إلا أن تطبيقها لاجتهاداتها هذه بأثر رجعي في شأن أفعال تم ارتكابها قبلها، وبما يؤثر أو يضر بحقوق المتهمين بارتكابها، يظل محظوراً.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "مشورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٢ - من ١٢١ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

رابعاً

لا عقوبة بغير حكم قضائي

The prohibition Against Bills of Attainder

٦٧١- قد يصدر قانون خاص في شأن أشخاص بذواتهم، أو في شأن أفراد طبقة يستطاع تعيينها ليفرض عليهم عقوبة الإعدام في شأن جرائم جسيمة -كجريمة الخيانة- ينسبها المشرع إليهم، ويفترض ثبوتها في حقهم، ويقرر بالتالي عقابهم بغير حكم قضائي يصدر وفق النمط المعتاد لسير الإجراءات القضائية. فلا يكون عقابهم تشريعياً موافقاً للدستور. وقد يقرر المشرع عقابهم عن جرائم لا بغير توبة الإعدام، بناء على الأدلة التي يتوصل هو إليها، ولو كان القبول بها غير جائز.

وهو في الحالتين ينتحل سلطة قضائية لا يملكها، وإنما يقوم عليها طغياناً واستبداداً، ويستغل في مباشرتها بمحض تقديره لقيام الجريمة التي يدعيها، موجهاً في ذلك بالضرورة السياسية التي يتصورها، أو بعامل المصلحة والحسم، ومنفوعاً أيضاً بمخاوفه غير المسبورة، وبشكوكه التي لا أساس لها^(١).

ومن ثم تكون عقوبة الإعدام هي الجزاء المقرر أصلاً بذلك القانون. وقد تكون العقوبة المنصوص عليها فيه، أقل من الإعدام، كأن يصادر أموال الناس أو أراضيهم أو بضاعتهم أو جردهم من بعض حقوقهم المدنية أو السياسية، أو من امتيازاتهم. فلا يكون إلا قانوناً يفوض ألماً أو سوراً من الجزاء Bills of pains and penalties يؤثر بها في حياة الأفراد أو حرياتهم، أو في ممتلكاتهم، في كل ذلك جميعاً.

ويتعين تفسير هذا الحظر على ضوء مقاصد الدستور التي بذلتها أن يكون الفصل في الاتهام الجنائي، بيد المشرع بالمخالفة لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية. فلا ينتحل المشرع لنفسه شيئاً من خصائص الوظيفة القضائية، ولا يقر قوانين أيا كان شكلها أو الصورة التي تترغ فيها إذا تناول بها أفراداً معينين بذواتهم، أو ينتمون إلى طبقة بذاتها يسهل تعيين من يدخلون فيها، لعقابهم بغير محاكمة^(٢).

^(١) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946); United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965); Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867); See also, 3.

^(٢) J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States (Bigelow ed. 1891), 1344.

وليس بشرط لبطان هذه القوانين، أن يكون الجزاء المقرر بها من طبيعة عقابية أو
تقويمية Punitive or retributive أو قائما على القصاص، وإنما يكفي أن يكون وقتها
Preventive. وإنما يتعين أن تتغيا تلك القوانين في كل أحوالها، إيقاع عقاب مباشر بغير حكم
قضائي^(١).

Bills of attainder are legislative enactments that undertake to inflict direct punishment without judicial determination or trial.

٦٧٢- ويشترط بالتالي حتى تكون هذه القوانين مخالفة للمستور، أن تصدر في شأن
أشخاص معينين، أو في شأن أفراد طبقه بذاتها An ascertainable class، بسل تحديد المنتمين
إليها، وأن نورد بياناً بالأعمال التي نسبتها إليهم، والتي تقتضى تقييمهم، وأن نقرر مسئوليتهم
عنها، وأن ندينهم تشريعياً بسببها، وتعاقبهم بالعقوبة المنصوص عليها فيها.

ومن ثم تتميز هذه القوانين بتعيينها لطبقة بذاتها، أو لأشخاص معينين تخصم بعقابها؛
وبأن مخالفتها للمستور تتحدد على ضوء أثرها، ولا شأن لها بالأشكال التي تفرغ فيها. إذ لو
جاز القول بأن أشكالها هذه تمحور ضرورها، لكان من السهل إغراضها في صورة تخفى
مساوئها، بما ينافي حققة أن القوانين لا تتحدد مفاهيمها وأغراضها إلا على ضوء مضمونها
ومقاصدها التي لايجوز خلطها بالوظيفة القضائية التي تستقل أهدافها عن الوظيفة التشريعية.

واستقلال السلطة التشريعية عن القضائية مؤداه ألا تحل أولاها فيما تقرر من القوانين
محل ثانيتهما في مجال تطبيقها على نزاع معين مطروح عليها. وهو ما يتحقق حين ندين
السلطة التشريعية بنفسها أشخاصاً بذواتهم عن أعمال تكفهم بها وتعاقبهم عنها، بغير محاكمة
منصفة تتولى لها ضماناتها. بل إنها تقدر نوع عقوبتهم ومبلغها بقرار منفرد منها، على ضوء
ما تؤمن به من أفكار في شأن خطورة الأعمال التي نسبتها إليهم.

وقديما كانت القوانين العقابية توجه إلي أشخاص بذواتهم لا يدينون بالولاء للتاج، وكانت
عقوباتهم تتردد بين السجن والنفي، ومصادرة الملكية كجزاء. ثم تطورت القوانين العقابية
لتشمل أشخاصاً بمنعهم المشرع من نقل أعمال بعينها، بعد أن وصمهم بعدم الولاء في أدائها.
كل من يحرم المشرع بعض الأشخاص الذين تمردوا على السلطة، من مباشرة بعض المهام التي
حددها، أو يمنعهم من تولي أعمال بذاتها -كالعضوية للنقابة- إذا كانوا أعضاء في تكوين

(١) Ex parte v. Garland, 4 Wall (71 U.S.) 333 (1867).

حزبي بنامض السلطة. ولا كذلك أن تكون القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، آثار تفسر ببعض المخاطبين بها، أو أن يكون تعيينها قائما على انتقالها بدلا دون آخر^(١).

٦٧٣- وهذه القوانين ذاتها، هي التي حظرها دستور جمهورية مصر العربية، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٦ التي تمنع توقيع عقوبة بغير حكم قضائي^(٢)، حتى لا تخرج السلطة التشريعية عن حدود ولايتها، بإقرارها لقوانين تؤول في أثرها- إلى محاكمة عن طريق المشرع A trial by legislature.

ولئن دل العمل على أن معظم القوانين التي تعرض بنفسها عقاباً بغير حكم قضائي، تكون رجعية الأثر؛ إلا أن تقرير رجعيتهما ليس بشرط لوصفها بمخالفة الدستور.

ذلك أن أخطر ما يميز هذه القوانين، هو أنها تعين بنفسها الجريمة أو المخالفة التي تنسبها إلى الأشخاص المقصودين بها، أو إلى الطبقة التي ينتمون إليها، بوصفها ذنباً تكسبهم به من خلال العقوبة التي حددتها؛ سواء تعلق ذنبهم بجريمة سابقة محددة أركانها A pre-existing crime، أو بجريمة ابتدعتها هذه القوانين عن طريق إحداثها فعلاً لم تكن حين إتيانها معاقبا عليها An act made punishable ex post facto.

ويظل ولجأ التمييز بين القوانين التي تعرض عقاباً بغير حكم قضائي؛ وبين القوانين التي تفصل شروط امتحان حرفة، أو مباشرة عمل أو أعمال بذواتها يدخل تنظيمها في اختصاص السلطة التشريعية بناء على نص في الدستور.

ذلك أن تقرير الحق في الحرفة أو المهنة؛ أو في مباشرة غيرهما من الأعمال على ضوء شروط موضوعية يحددها المشرع ملغى، ولو كان من بينها شرط حسن السيرة، لا يعتبر عقاباً بغير حكم قضائي؛ ولا عقاباً رجعي الأثر، طالما أن المخاطبين بهذه القوانين لا يراخون عن سابق سلوكهم إلا باعتباره متصلاً بالأعمال التي يريدون مباشرتها، واقعاً في نطاق تقييم متطلباتها Fitness، ودخلاً في إطار الصورة المنطقية لتنظيمها.

(١) Nixon v. Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978); Nixon V. Administrator of General Services, 433 U.S. 425 (1977).

(٢) وردت ثلاث جمل في الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية أو لاهما خاصة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ونصها: لا جريمة ولا عقوبة على الأعمال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون. وتتميز ثابتهما إلى تقرير عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي Bill of attainder. وثالثتهما إلى عدم جواز تقرير عقوبة بأثر رجعي Ex post facto laws وذلك بنسبها على "لا عقاب إلا بناء على قانون".

وعلى ضوء ما تقدم، لا تكون الشروط الموضوعية للتعيين في الوظيفة الحكومية، عقاباً بغير حكم قضائي.

إذا لم يكن للشروط التي وضعها المشرع لامتثال أعمال بذواتها، من صلة بأهدافها؛ ولا تتوخى بالتالي اختصار أفضل المتقدمين لشغلها، وأجدرهم بتوليها؛ فإنها تتحسس عقاباً بغير حكم قضائي لإكثار ما عليهم الحق في العمل بغير مبرر.

ومن وجهة نظر تقليدية، يفترض في حرمان الأفراد من حقوقهم، أنهم لا يستحقونها بما جردهم منها. فإذا كان الفرض من قانون للحرمان، إزال عقوبة عليهم، كان هذا القانون مخالفاً للدستور.

ولا كذلك مطلق الإضرار التي تصيبهم. إذ يتعين دوماً اعتبار القانون منصرفاً إلى معاقبتهم؛ أن يكون متوخياً لإزالة جزء بهم؛ لا تمييز في ذلك بين قانون يحرمهم من بعض المزايا التي تخصهم؛ وبين قانون يجردهم من حقوق يملكونها. ذلك أن تباين قانونين في نوع الجزاء، لا ينال من وجوده.

يؤيد هذا النظر، أن ما تتوخاه السلطات من حظر توقيع عقوبة بغير حكم قضائي، ألا ينزل المشرع بشخص أو بأشخاص عيّنهم، عقاباً من نوع ما، بعد أن أدانهم عن أفعال سابقة وصمم بها، ولو كان هذا الجزاء منصرفاً إلى التجريد من بعض الحقوق، أو من بعض الفرص التي كانوا يتمتعون بها كأعضاء في مجتمعهم^(١).

ويصل في هذا الإطار -على ما سبق القول- يمين الولاء التي يقتضيها المشرع من المتقدمين لوظيفة بذاتها أو للقيام بعمل ما. إذ لا شأن لهذه اليمين بالشروط الموضوعية التي يحدد المشرع على ضوئها، أفضل المترشحين على الوظيفة أو المهنة، للحصول عليها. وهي شروط لها أهميتها وضرورتها لاتصالها بصلاحية أداء بعض الأعمال، والقدرة على النهوض بها في إطار مسؤولياتها التي تقتضيها طبيعتها، ووضوابط ممارستها، وخصائص تصنيفها.

(١) وافق المندوبون في مؤتمر الاستقلال الأمريكي بالإجماع على شرط عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي إزاء ما شهدوه من الجزاءات التشريعية التي أسرف فيها البرلمان الإنجليزي والتي طبقها المستعمرات الأمريكية بدرجات متفاوتة. وقد ظلت هذه الجزاءات قائمة في حدود ضيقة لدى بعض الولايات الأمريكية في السنوات التي تلت مباشرة إقرار الدستور الأمريكي الاتحادي، ومن بينها ولاية كنتاكي التي قضت إحدى محاكمها ببطالة المصادرة التشريعية لبعض الأراضي، ولو علقها المشرع على قيام المخاطبين بالتقانون بإجراء أو امتناع في المستقبل.

ومن ثم لا تتمحض هذه الشروط عقاباً، إذ هي شروط يتصنر تجنبها Unavoidable disqualification تحيط بالمهنة أو بالوظيفة المراد شغلها، وبالأوضاع الأفضل لصن القوام عليها، سواء كان العمل داخلاً في نطاق مهنة المحاماة أم للتدريس أم كان وعظاً دينياً.

وبينهم بعض المطلعين على يمين الولاء التي يظنها هؤلاء قبل مباشرتهم العمل، قائلين بأنها فضلاً عن كونها عقاباً، فإن من يظنونها قد ينقضونها بعد أدائها من خلال سلوكهم وتصرفهم بما يخالفها.

ويعتبر جزاء بغير حكم قضائي، أن يقرر قانون إبعاد مواطنين أو نفيهم بالنظر إلى لونهم أو عرقهم. وكذلك عزلهم سياسياً أو تعميمهم لجرم سابقة ارتكبوها حتى لا ينجبوا، أو حرمان أشخاص عنهم المشرع بذواتهم، من ممتلكاتهم أو من وظائفهم في الحكومة على وجهه للتأييد، أو إسناد جريمة إليهم بعد وصفهم بأنهم مناوئون للسلطة عازمون على قلبها، وذلك سواء كان حرمانهم من هذه الحقوق، قد تقرر بنصوص قانونية صريحة ومباشرة؛ أم كان الحرمان قد تحقق بطريق غير مباشر، وكأثر للنص قانوني^(١).

إذ يظل الحرمان في هاتين الصورتين عقاباً تشريعياً يهدد أفراداً بذواتهم في الحق في الحياة، وفي الحرية وفي الملكية، التي لا يجوز تجريد أحد منها عن غير طريق المحاكم التي تم تكويتها وفقاً للدستور^(٢).

٦٧٤- وعلى ضوء ما تقدم، يتحدد نطاق حظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، على ضوء الأغراض التي يستهدفها المشرع من تكفله.

فكلما قصد المشرع أن يبال من شخص أو أشخاص بذواتهم؛ وأن يصيبهم في حقوقهم، أو في المزايا التي يتمتعون بها بناء على نشاطهم السابق؛ صار عقاباً بغير حكم.

فإذا لم يكن لتكفله من شأن بذلك، بل كان تنظيماً في إطار شروط منطقية، للأوضاع التي يتعين أن يباشر العمل في نطاقها؛ فإن هذا التنظيم لا يكون عقاباً، ولو أضر في بعض جوانبه بآخرين.

(١) Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 wall) 277 (1867); Ex parte Gerald, 71 U.S. (4 Wall) 333 (1867).

(ويلاحظ أن هاتين القضيتين فصل فيهما في ذات اليوم)

(٢) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

وكان منطقياً بالتالى، حظر تكوين خلايا معلحة على الإطلاق، أو حظر تشكيلها ما لم تكن من الميليشيا التى يأتى الدستور بها.

وكذلك حظر مباشرة جمعية أو نقابة أو منظمة لأعمال بذواتها تتلخص أهدافها حتى لا تتخرب فيها. إذ لا يتمحض هذا الحظر فى صورته المتقدم ببلانها، عن معاقبة أشخاص عيّنهم المشرع بأسمائهم، أو أمكن تشخيصهم من خلال تحديد أفعال تصرفاتهم السابقة التى يؤاخذهم عنها.

وكما كانت الجمعية، أو المنظمة، أو النقابة، تباشر نشاطها بتوجيه من بعض الدول الأجنبية التى تتسلط عليها؛ فإن فرض قيود على حركتها، كإلزامها -رأياً- من تاريخ فرض هذا للقيد- بالإعلان عن حقيقة أغراضها -سوقاً- عليها- لا يكون عقاباً^(١).

ولو صادف المشرع المعاش المستحق للعاملين فى الدولة، بالنظر إلى تمسكهم بحق فى الدستور، كالحق فى ألا يدينوا بأنفسهم بأنفسهم *The privilege against self-incrimination* أو كان المشرع قد حرم شخصاً من المزايا التى تظنها وثيقة تأمين دخل فيها، وسدد لسلطانها على امتداد عقدين من الزمان، فإن مصادرة الحق فى المعاش أو الحق فى المزايا التأمينية، يكون عقاباً^(٢).

وفى مجال تحديد ما إذا كان تدخل المشرع يعتبر عقاباً، أو ليس كذلك؛ فإن صور الجزاء ما كان منها تقويمياً، أو وقائياً، أو منطوياً على الردع؛ تدخل جميعها فى مفهوم العقوبة التى لا يجوز توقيعها بغير حكم قضائى. وفى ذلك تقول المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية^(٣): *Historical considerations by no means compel restriction of the bill of attainder ben to instances of retribution*

٦٧٥- وفى مصر كانت المادة (٤) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة والسلام الاجتماعى، تنص على أنه لا يجوز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من شُبه فى إفساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

(١) *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board* 367 U.S. 1 (1961).

(٢) *Flemming v. Nestor* 363 U.S. 603 (1960).

(٣) *United States v. Brown*, 381 U.S. 437 (1965).

كما تنص المادة (٥٩) من هذا القانون على أن يصرى الحظر المنصوص عليه في المادة السابقة على:

* من حكم بإدانتهم من محكمة للثورة في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوة بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

* من حكم بإدانتهم في جريمة تتعلق بالحريات الشخصية للمواطنين، أو بإذنتهم بدينيا أو معنويا، أو بالدولان على حياتهم الخاصة.

* من حكم بإدانتهم في جرائم الإخلال بالوحدة الوطنية وبالسلم الاجتماعى.

* من حكم بإدانتهم في إحدى الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات، وذلك كله ما لم يكن المحكوم عليه قد رد إليه اعتباره.

وقد طعن بعدم دستورية البند (أ) من المادة (٥) من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجهة الداخلية والسلم الاجتماعى، فيما نص عليه من حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية بالنسبة إلى كل من أدين في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا -فى القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية دستورية- التي أقامها المدعى ناعياً على هذا البند مخالفته للدستور- إلى أن النص المطعون فيه -وبوصفه منطوياً على عقوبة جنائية تم فرضها عن أفعال سابقة على صدور القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه- يعتبر مخالفاً لقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية المنصوص عليها في المادتين ٦٦ و١٨٧ من الدستور.

وما قرره المحكمة الدستورية العليا في حكمها المتقدم، محل نظر من جهة الأسباب التي قام عليها^(١). ذلك أن القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٨، ولوجه أفعالاً سابقة على صدره، جرد أشخاصاً بذواتهم عنهم تفصيلاً، من الحقوق السياسية المنصوص عليها فى الدستور؛ وقصد إلى عقابهم من خلال حرمانهم من الحقوق التى جردهم منها، حتى لا يباثرونها وكان هذا الحرمان جزاء على أفعال سبق إدانتهم عنها، فلا يكون إلا عقاباً بتفسير

(١) الأمر المؤثر للذهنة أن هذا الحكم لم ينشر فى الجزء الخاص به، وهو الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حكم قضائي Bill of Attain. وهو ما لا يجوز على ضوء نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور، التي لا يشترط لتطبيقها أن يكون الحرمان من بعض الحقوق التي كفلها الدستور، من طبيعة جنائية.

وما تقررره المحكمة الدستورية العليا من أن نص البند أ من المادة (٥) من قانون حماية الجبهة الداخلية، يعد منطوياً على عقوبة جنائية، مردود:

أولاً: بأن الحرمان من الحقوق السياسية المقرر بمقتضى هذا البند، ليس بعقوبة جنائية أصلية. وهو كذلك لا يندرج في إطار العقوبة التبعية التي لا يجوز توقيعها إلا بعد الحكم بعقوبة أصلية، وترتيباً عليها.

ثانياً: أن ما تضمنه به المادة ٦٦ من الدستور، من عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم، لا يتعلق بالعقوبة الجنائية بمعنى الكلمة، إذ لو كان ملصقاً إليها، لصار نص المادة ٦٧ من الدستور لغواً. ذلك أن هذه المادة الأخيرة، نص خاص بالمحاكمة المنصفة في شأن الاتهام الجنائي. وحكمها مؤداه، أن براءة المتهم -وهي الأصل- لا تزول إلا بحكم قضائي يكون باتاً. وهي بذلك تفترض أن يدان عن التهمة الجنائية، وأن يكون الحكم للقاضي أداة إقناع هذه العقوبة.

ويتعين بالتالي أن يؤخذ نص المادة ٦٦ من الدستور، لا باعتباره متطابقاً بالعقوبة الجنائية التي تستغرقها المادة ٦٧ من هذا الدستور، وإنما على تقدير انصرافها إلى النصوص القانونية التي تقرر حرمان أشخاص معينين بذواتهم من بعض الحقوق، بحكم مسؤوليتهم عن أعمال سابقة أدانهم عنها هذه النصوص. فلا يكون ذلك إلا تخطاً تشريعياً -لا بعقوبة جنائية-

بمعنى الكلمة-ولما بعقوبة تأخذ حكمها، وإن لم تكن من جنسها هي الحرمان من حقوق
بحيها عينتها نصوص قانونية. ويتعين بالتالي دمجها بالبطلان لمخالفتها نص المادة ٦٦ من
الدمطور^(١).

(١) ما نص عليه المادة ٦٦ من الدستور من عدم جواز توقيع عقوبة بخير حكم قضائي، هو ما اصطلاح
على تسميته في الدول الغربية بوثيقة الحرمان Bill of attainder، وهي وثيقة عرفها قلموس Black's
Law dictionary في ص ١٢٢ من طبعته السادسة بأنها تشريع خاص يصدر عن السلطة
التشريعية A special act of the legislature يقتضى بإعدام أشخاص يفترض ارتكابهم لجرائم
خطيرة Supposed to be guilty of high offenses كجريمة الخيانة. وهم بذلك يحمون عن جرائم
لا تدليهم إحدى المحاكم بها في نطق إجراءاتها القضائية In the course of judicial proceedings
. فإذا كان هذا التشريع الخاص يوقع عليهم عقوبة أقل من الإعدام، سمي بقانون الآلام والعجزات Bill
Pains and Penalties of. وسواء قضى هذا التشريع الخاص بتوقيع عقوبة الإعدام، أو بعقوبة أقل
منها، فإن هذا التشريع يكون محظورا.

المبحث الثانيحظر محاكمة الشخص أكثر من مرةعن الجريمة الواحدةDouble Jeopardy

٦٧٦- الحرية للشخصية حق، وهي حق طبيعي. ويتقضى ضمانها ألا تعرض على أحد عقوبة لها من قسوتها ما يسوخ لطرحها؛ وألا يحاكم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها^(١).

ذلك أن الدستور يعطي أهمية كبيرة للحكم ببراءة المتهم من التهمة التي أسندتها النيابة إليه، كلما صار هذا الحكم باتاً. فإذا أطلق سراحه بعدئذ، فإن المحاكمة الثانية تتناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، أيا كان قدر الخطأ في الحكم الأول.

ذلك أن محاكمته من جديد عن الجريمة ذاتها، تحمل معها مخاطر إرقاق المتهم باحتمال أن يدان في المرة الثانية، وإن كان بريئاً حقيقة^(٢). خاصة وأن سلطة الاتهام لها من السورود الضخمة ما يؤهلها لأن توجهها ضد مصلحته من خلال الأدلة الجديدة التي تجمعها، بما يعرض المتهمين لأشكال من المعاداة حلقة بعد حلقة، وحقبة بعد حقبة، وكان يد الاتهام تحيطهم بعذابها، وتكفهم إلى دائرة من القلق لا نهاية لها، فلا يعرفون لهم مصيراً.

بل إن ملاحقتهم باتهام جديد، بعد تبرئتهم من الاتهام الأول، مؤداء بتبديد وقتهم، وتقويض فرصهم في العمل أو إضعافها، والتشهير بهم إضراراً بمصمتهم، والإخلال بأمنهم وسكيتهم. فلا تصفو لهم الحياة؛ وإنما تنطلق طرائقها وتظلم دروبها، وعلى الأخص، إذا كان الاتهام الجديد موجهاً بأغراض انتقامية؛ أو كان مقصوداً من سلطة الاتهام حتى تؤكد موقفها السابق من الجريمة، وتعزز أدلتها المتهافئة التي قدمت من قبل لإثباتها، وحتى تبرهن على أن قضاء الحكم الأول كان معيباً. وفي ذلك ضرر لا يخفى. ذلك أن المتهمين الأبرياء كثيراً ما يدانون عن الجريمة ذاتها، بعد إعادة محاكمتهم.

٦٧٧- وكان منطقياً أن يشمل هذا الحظر المحاكم جميعها، ما كان منها من محاكم القانون العام أو استثنائياً أو من طبيعة خاصة. فضلاً عما يتخذ منها شكل لجنة أو هيئة تتولي

(١) United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٢) United States v. Scott, 437 U.S. 82, 91 (1978); Green v. United States, 355 U.S. 184 (1957).

الفصل قضائيا في خصومة بين طرفين. ذلك أن الحظر المتقدم، يتسع مداه لكل جزاء مدنوناً كان أم تأديباً أم جنائياً.

ولئن كان من مصلحة الجمهور أن تدار المحاكمة الجنائية من خلال قواعد تكفل في مجموعها لكل حكم قضائي أن يتحرر كلية من الخطأ، إلا أن محاكمة المتهم من جديد عن التهمة ذاتها، لا يجوز دستورياً ولو أحاط الخطأ بالحكم الأول من كل الوجوه^(١). كما لو أخطأ الحكم في استبعاد بعض الأدلة، وقرر أن باقيها لا يكفي لإدانة المتهم^(٢). ذلك أن الحكم للقضائي إذا صار باتاً، فإن تبديله ولو لخطأ في تطبيق القانون يكون غير جائز، وينطو بعنه أمام النيابة كل طريق لتوجيه الاتهام من جديد إلى المتهم، ولو كان خطؤها أو إهمالها في إدارة الدعوي الجنائية التي صدر فيها الحكم الأول، فادحاً egregiously erroneous، كإغفالها تقديم بعض الشهود القاطعة لقولهم في التكتيل على الجريمة. فذلك كله بعيد عن حقائق العدل، وعن التطبيق الصحيح للقانون. فالشخص لا يجوز قانوناً أن يقاضي مرتين عن الجريمة ذاتها^(٣). No Man Can be Twice Lawfully Punished for the Same Offence. سواء كان قد أطلق سراحه في المرة الأولى، أو كان قد استوفي العقوبة المحكوم بها، بشرط أن يكون الحكم في الحالين قد قطع بالحقيقة للقضائية بصورة لا رجوع فيها. وهي حقيقة لا يشع في نقضها، مجرد أن المحاكمة الأولى لم تستقم فرائضها، ولا كون العقوبة المقضي بها أقل مما يعتبر كافياً بالمقاييس المنطقية- لردع من أدين بها، فقد صار الحكم الأول -وهو بات- عصباً على المراجعة. ولا يجوز بعد صدوره أن يظل من نعلق به هذا الحكم، قلقاً مضطرباً، هائماً على وجهه، تمسحه الدولة ببأسها حين تريد، فلا يطمئن لغيره، ولا يأمن من انتهاء الشرور التي تحيط به، لتتعرض خطأ، ولتتبدد في وجهه صور الحياة التي كان يتوقعها.

وليس ذلك من الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية، ولا هو من مفاهيم العدل وحقائقها^(٤). ولا كذلك نقض الحكم الأول بعد الطعن فيه. ذلك أن نظر الدعوي الجنائية من جديد أمام دائرة استئنافية غير التي صدر عنها الحكم المنقوض، لا يعتبر خروجاً على قاعدة

(١) Durks v. United States, 437 U.S.1 (1978); See, Olso Westen and Drubel, Towardsos General Theory of Double Jeopardy, 1978 Supreme Court Review, 81, 122-37.

(٢) United States v. Martin linen supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٣) North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969).

(٤) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢ - القاضية رقم ٣٢ - ص ٥١٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. انظر كذلك القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يولية ١٩٩٦ - قاضية رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حظر محاكمة الشخص عن الجريمة الواحدة أكثر من مرة. وإنما هي المحاكمة الأولى مستأنفة سيرها حتى تكتمل حلقاتها، وتصل إلى نهايتها.

٦٧٨- على أن مفهوم الجريمة الواحدة التي لا يجوز أن تكون محلاً لأكثر من محاكمة، في حاجة إلى التحديد.

* فإذا كانت الأفعال الإجرامية تتدخل مع بعضها، ولا تنفصل أجزؤها، وتجمعها بالتالي وحدة للمشروع الإجرامي، فإن تبرئة المتهم من بعض هذه الأفعال، يمنع محاكمته عن باقيها بالنظر إلى تكاملها فيما بينها^(١).

* وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، يوقضى بإدانة المتهم عن الجريمة التي عقوبتها أشد، فإن الحكم للصادر فيها، يكون مانعاً من محاكمته عن الجريمة الأكل في عقوبتها، ولو كان راجحاً على الظن احتمال ارتكابه لها، أو كان قد أدين عنها بالفعل^(٢).

ولا كذلك تبرئة المتهم عن الجريمة الأكل وطأة، إذ لا يعتبر ذلك حاجزاً من معاقبته عن الجريمة الأكدح التي فارغها.

* إذا كان المشروع الإجرامي الواحد، لا يكتمل تنفيذه إلا من خلال مراحل متعددة، فإن كل خطوة في انتهاء تنفيذ هذا المشروع، يحوز فرض جزاء جنائي عليها. فإذا تم المشروع، جاز كذلك، معاقبة من انخرطوا فيه جميعهم.

* قد تمهد جريمة بذلتها لوقوع جريمة أخرى تستقل عنها، فلا يعامل بالنظر إلى هذه الصلة- كجريمة واحدة، فالذين يحوزون خموراً حظر المشرع تناولها، وعوقبوا على مجرد حيازتها، تجوز معاقبتهم على بيعها.

(١) تنص المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات، بأنه إذا وقعت عدة جرائم لفرض واحد، وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة، وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم. وتفترض هذه المادة أن المتهم حوكم عن هذه الجرائم جميعها، وأنه قد ثبت إدافته عنها. فلا يقضى عليه عندئذ بعقوباتها جميعاً، بل بالعقوبة المقررة لأشدّها.

(٢) تنص المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات على أنه إذا كان الفعل قد كون جرائم متعددة، وجب اعتباره الجريمة التي عقوبتها أشد، والحكم بعقوبتها دون غيرها.

* لا يجوز أن يطبق بالجريمة المستمرة، غير اتهام جنائي واحد. فمعاشرة امرأة متزوجة، وإدارة محل للدعارة، جرائم يتصل زمنها في غير انقطاع. وهي جريمة واحدة متعددة حلقاتها.

ولا كذلك الجرائم المنفصلة التي تستغل كل منها بولعائها، كالامتناع عن إجابة لجان تقصى الحقائق على أسئلتها.

ذلك أن كل امتناع يعامل كجريمة قائمة بذاتها. شأن ذلك، شأن تعدد البيوع في المواد الكحولية، وتمزيق أكثر من حقيبة بريد في الوقت ذاته بقصد سرقة محتوياتها. إذ تعامل كل واقعة منها على حدة، كجريمة لها استقلالها.

ولغة المشرع ومقاصده، هي التي يتحدد على ضوئها ما إذا كان سياق من السلوك A Course of Conduct هو المعالج عليه؛ أم أن واقعة منفردة هي محل العقوبة التي فرضها المشرع^(١).

ويقصد بالجريمة الواحدة في تطبيق حظر محاكمة المتهم عن ذات الجريمة أكثر من مرة، أن تتعلق المحاكمة الثانية بالجريمة الأولى عينا، بأن تكون هي ذاتها بكيفيتها وأوصافها وشرائط وجودها.

وتعتبر الجريمة محل المحاكمة الثانية مختلفة عن سابقتها، إذا كانت إحداهما تقتضى لوجودها، تقديم الدليل على واقعة لا تقتضيها الجريمة الثانية لقيامها.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

إن امتناع عقابية الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، يفترض ألا نكون بصدد جريمتين لكل منهما خصائصها، ولو تلتبعتا من حيث الزمان؛ أو كانتا واقعيتين في مناسبة

(١) نقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ - القاعدة رقم ٣٢ - ص ٥١١ من الجزء الثاني، أن امتناع المدين بالذقة عن دفعها ماثلة فيها، موداه أن وقائع الامتناع - مع تعددها - لا تشكل مشروعا إجراميا واحداً، بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض، وإن كان خلفها واحداً مثلاً في اتجاه إرادة المدين بالذقة، إلى النكول عن أدائها.

واحدة. والعبرة عند القول بوجود جريمتين، هي بحقيقتهما، لا بأوصافهما التي خلغها المشروع عليها^(١).

ولا يجوز بالتالي أن يكون الاتهام متتابعاً في شأن الجريمة ذاتها التي نسبتها سلطة الاتهام إلى المتهم بارتكابها، ولو كان المشرع قد غير بعد محاكمته عنها أول مرة - من قواعد إثباتها، أو كان قد انتحل للجزاء عليها مصلحة غير التي ألأم الجريمة عليها من قبل.

٦٧٩- وفي الدول الفيدرالية التي تنوزع السيادة فيها بين الحكومة المركزية وولاياتها، قد تكون الجريمة الواحدة معاقبة عليها فيدرالياً، وكذلك داخل الولاية ذاتها. وتكون بالتالي تعدية على سيادة الحكومة المركزية وسيادة إحدى ولاياتها.

ولئن جرى قضاء المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية على أن إفراج السلطة القضائية الفيدرالية عن المتهم في جريمة أمامها، لا يمنع حكومة الولاية من محاكمته عن الجريمة عنها أمام محاكمها^(٢)، إلا أن قضاءها في ذلك منقذ، وغير عادل، ولا يجوز أن يتخذ من مجرد السوابق القضائية، عضداً، ولو قام الدليل على اطراد هذه السوابق وعدم تغيرها.

ذلك أن السيادة التي تتمتع بها الحكومة المركزية، وإن صح القول بانفصالها عن السيادة المحلية التي تبشرها ولاياتها، كل داخل إقليمها، إلا أن الحرية الشخصية يناقضها في الدول الحرة جميعها، ألا يكون الحكم السابق في جريمة بذاتها، حائلاً أو حاجزاً دون تقديم المحكوم عليه فيها إلى محاكمة جديدة أيا كان موقعها.

فضلاً عن أن نوزع السيادة في الدولة الفيدرالية لا ينفي توحيد كياناتها المختلفة معسها، وأنها دولة واحدة.

٦٨٠- ولمتناع المحاكمة الثانية في شأن الجريمة عنها، لا يحول دون اجتماع جزائين فيها، أحدهما من طبيعة جنائية، وثانيهما من طبيعة مدنية.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة يوليو ١٩٩٧ - القاعة رقم ٤٧ - ص ٧١٥ من الجزء الثامن.

(٢) Abbate v. United States, 359 U.S. 187 (1959).

ذلك أن الفعل الواحد قد يؤثر مسئولية جنائية ومسئولية مدنية في آن واحد. ومن المتصور بالتالي اجتماع هاتين المسئوليتين بالنظر إلى اختلافهما في نوع المصالح التي تكفلتها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا: "إن اجتماع المسئولية الجنائية والمدنية يتحقق إذا كان لفعل الواحد مرتباً لها معاً، بأن كان ضاراً بالجماعة وبالفرد في آن واحد. إلا أن أظهر ما يفاير بين هاتين المسئوليتين، أن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسئولية المدنية بالتقدير وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسئولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها^(١)."

٦٨١- ولا يعتبر العود -وهو يتحقق بإتيان الجاني جريمة ثانية تالية للحكم عليه بعقوبة في الجريمة الأولى- واقعاً في إطار حظر تكرار المحاكمة عن الجريمة ذاتها. ذلك أن إدانة المتهم في الجريمة الأولى، تحصل معنى إنذاره بالألا يعود إلى الإجرام. فإذا لم يتم وزناً لهذا الإنذار، وبذلك طريق الجريمة من جديد، استحق عقاباً أشد عن الجريمة الثانية، بأن تزداد عقوبته عنها سواء في نوعها أو في قدرها.

ومن ثم كان التقدير أن الزائد في عقوبة العائد عن الجريمة الثانية، منفصلاً عن جسامتها، لأنها قد لا تزيد في ضررها الاجتماعي عن الجريمة الأولى التي ارتكبها، فلا يكون القدر الزائد في عقوبته عن الجريمة الثانية، إلا مقابلاً لعوده^(٢).

٦٨٢- وسواء كان الجاني حدثاً أو كامل الأهلية؛ فإن محاكمته عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة يظل محظوراً.

ولا يجوز إذا صدر عن الجاني أكثر من فعل في مناسبة واحدة، وكانت الأفعال التي أتاها ترتبط جميعها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أن يقدم اتهام منفصل عن كل فعل منها.

ذلك أن تعدد هذه الأفعال، لا ينفي ارتباطها، وضرورة أن تشملها محاكمة واحدة تزن كافة العوامل المتصلة بها، بما في ذلك دوافعها.

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٤٩ -ص ٧٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٦٣٥ من مؤلف الدكتور عوض محمد عوض (قانون العقوبات - القسم العام - طبعة ٢٠٠٠).

فلو أن شخصاً قتل زوجته وولديه لمحاولتها قتله بالسم حتى يخلص لها وجه عشيقها،
ولشكه في سلوكها، ونسبة ولديه منها إليه، تعين أن يحاكم عن هذه الأفعال جميعها أمام
محكمة واحدة. فإذا قدم عن كل فعل منها إلى محكمة مختلفة حتى ينال أمام إحداها حكماً
بالإعدام، فيما إذا حكم عليه عن الفطين الآخرين بعقوبة أقل، كان ذلك تكراراً لمحاكمته عن
الجريمة الواحدة متعددة الأفعال، منطوياً على التحرش به بالمخالفة لشرط الوسائل القانونية
المسلمة.

٦٨٣- واحتجاج للشخص بعدم جواز محاكمته أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة،
يعتبر من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها.

ذلك أن هذا الحظر يضمن على الجاني حصانة مرجعها إلى نص في الدستور. وهي
حصانة يجوز للجاني أن يسقطها إذا لم يتمسك بها، وكان نزوله عنها واعياً ومقصوداً. ولا
يجوز بالتالي أن تستخلص المحكمة من مجرد إثارة المتهم للمائل أمامها للحظر المانع من
تكرار محاكمته عن الجريمة عنها، ما يدل ضمناً على النزول عنه.

المبحث الثالث

في جواز أو حظر اللجوء إلى القوانين القانونية في المجال الجنائي

٦٨٤- لأن صبح القول بأن النصوص الجنائية لا يجوز أن تقتصر إلى الحد الأدنى من الأسس التي يتطلبها ضبطها، والتي تحول كأصل عام بين القانون على تنفيذها، وإطلاق العنان لنزواتهم أو سوء تقديراتهم؛ وكان الأصل في هذه النصوص ألا تتدخل معانيها بما يؤذن بانفلاتها، وخروجها على الأغراض المقصودة منها؛ وكان الدستور لا يفرض على المشرع طرائق بذواتها يحد من خلالها الأعمال التي يوثمها، إلا أن القوانين الجنائية جميعها يتعين أن تعمل في إطار دائرتين.

أولاهما: أن هذه القوانين لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد إطار لتنظيم الحرية الشخصية من خلال رذع عن الإخلال بها. ذلك أن تلك القوانين، بحيث أن تكون القواعد التي تفرضها على الحرية الشخصية، منتهية إلى صونها وضمان فعاليتها، بما توفره لأصحابها من الحق في مباشرتها في حدود منطقية^(١).

ثانيتهما: أن الاختصاص المَحُول للسلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم، وتقدير عقوبتها، لا يخولها التدخل بالقوانين التي تحدتها لعل بد محكمة الموضوع عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع، إعمالاً لمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتفريقية^(٢).

٦٨٥- وفي حدود هاتين الدائرتين، يتدخل المشرع من خلال الجرائم التي يحدتها على ضوء الضرورة الاجتماعية، ليقود من الحرية الشخصية لمن يرتكبونها.

وهو إذ يقرر لهذه الجرائم عقوبتها أو النماذج القانونية التي أقرها فيها، فذلك من أجل بيان أركان كل جريمة منها. فلا يفصل وجود الجريمة، عن إثباتها في كافة عناصرها.

(١) للتضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" من ٢٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤٣ - من ٦٨٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بيد أن المشرع قد يتدخل في شأن الأكلة التي يجوز قبولها في جريمة بذاتها. وقد يفترض توافر واقعة فيها لا تقوم بدونها، معفا سلطة الاتهام من إثباتها، عن طريق قرينة قانونية يحدتها.

ذلك أن القرينة القانونية لا تكون كذلك إلا إذا نص عليها القانون، ونظم حجبتها. والمشرع يختار من خلال القرينة، واقعة بذاتها، ويستخلص منها الدليل على تحقق الواقعة المراد إثباتها بعد أن تكفل باعتبارها ثابتة بقوام القرينة، وأغنى من ثغرت القرينة لمصلحتها، من تقديم الدليل عليها.

٦٨٦- والأصل في القوانين القانونية أن يقيمها المشرع مقدما، وأن يعممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملا. وهي ترتبط أصلا بالمسائل المدنية، فإن تعدتها إلى المواد الجزائية، صار أمر الفصل في دستوريتها محمدا على ضوء مبادئها بالحرية الشخصية وإخلالها بمقوماتها. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن لكل جريمة ينشئها المشرع، أركانها التي يجب أن تكفيها سلطة الاتهام من خلال تقديمها لأدلتها، والإقناع بها، بما يزيل كل ظن معقول ينفىها. فلا تقوم ثمة شبهة لها أساسها تكحض ارتكابها. ذلك أن سلطة الاتهام تعد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق واقع جديد ينقلض الفرض البراءة باعتباره تعبيراً عن الفطرة التي جبل الإنسان عليها. وصار متصلا بها منذ ميلاده. فلا تنقضها إرادة أي كان وزنها، وإنما ينحسرها حكم قضائي تحلق بجريمة بذاتها، وغدا باتا في شأن نسبتها إلى الممسول عنها، فاعلا كان أم شريكا.

ثانيهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بإقرار القواعد القانونية ابتداء، أو تفويض السلطة التنفيذية في إصدارها في حدود صلاحياتها المنصوص عليها في الدستور. لا يخلو هاتين السلطتين أو إحداها إحداث قرائن قانونية تنفصل عن واقعها *Unreasonable presumptions*، ولا تربطها بالتالي ثمة علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في مجال الفصل في الخصومة الجنائية التي تطرح عليها^(١).

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٨٧- وظاهر من القواعد المتقدم بيانها، أن القرائن القانونية جميعها، تفترض وللمعتين:

أولاً: ولقعة أصلية هي التي تكون مصدراً للحق المدعى به، وكان ينبغي إثباتها على تقدير أن الحقوق جميعها، لا تنشأ إلا عن مصادرها التي عليها المشرع وحصرها.

وثانياً: ولقعة غير للواقعة الأصلية، ولكنها قريبة منها لصلتها بها ودلائلها على رجحان ثبوتها، فلا يعتبر إثباتها إلا إثباتاً للواقعة الأصلية بحكم القانون.

والصلة للمنطقية بين هاتين الواقعتين، هي التي تقوم الدليل على اتصال القرينة القانونية بالواقعة، وإيضائها عقلاً إلى النتائج التي رتبها المشرع عليها، فلا تكون واقعة القرينة، إلا دليل معقوليتها، ورجحان تصورها لأوضاع لا مجالاً فيها للحياة العملية^(١).

وهذا النظر هو ما عليه القضاء المقارن. إذ القاعدة فيه، أن القرائن القانونية التي يجوز تطبيقها في المجال الجنائي، هي التي تظهر فيها صلة منطقية بين الواقعة التي قام الدليل عليها، والواقعة التي يفترض المشرع ثبوتها.

لذا لم تتوافر هذه الصلة المنطقية في القرينة القانونية، دل ذلك على أنها نوع من التحكم بذاني الحقائق التي تؤكد ما الخبرة في عموم أحوالها^(٢).

A Statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience.

ومن هذه الزاوية، تظهر خطورة القرائن القانونية على الحرية الشخصية التي لا يجوز إرهابها عن طريق التحكم في القيود التي تفرض عليها.

وهو ما يتحقق على الأخص سواء من خلال اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، أو عن طريق افتراض ثبوتها من خلال قرينة قانونية غير منطقية يحددها المشرع Arbitrary presumption. أو عن طريق قرينة منطقية يمنع المشرع إثبات عكسها. Conclusive presumptions.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " - جلسة ١٩٩٧/٧/٥ - قاعدة رقم ٤٧ - ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Tot v. United States 319 U.S. 463,467,468 (1943).

ومن ثم كان للتدخل بالقرائن القانونية في المواد الجزائية، وثيق الصلة بالأدوار التي وزعها الدستور -في إطار المحاكمة المنصفة- فيما بين سلطة الاتهام والمتهم بالجريمة. وهي أدوار لازمة أن يتعادلا في أسلحتهما، وفي الفرص القانونية والواقعية التي تسترد التهمة خلالها بين ثبوتها ونفيها. ولا يجوز بالتالي أن يفترض المشرع بقرينة يحدثها، أن مجرد حيازة المتهم لمواد مخدرة، يفترض علمه بجلبها من الخارج، لمجرد أن جزءاً كبيراً منها يكون مصدره أجنبياً في الأمم من الأحوال، وليس لفتاجا محلوا^(١).

وإذا كان لسلطة الاتهام حق في ضمان مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة، فإن لكل متهم بالجريمة حق في حرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها أو انتقاصها من أطرافها. ولا يعتبر المتهم معادلاً لسلطة الاتهام في أسلحتها وفرصها، إلا إذا حاز إلى جانبها، حداً أدنى من الحقوق توازنه بها. فإذا لختل هذا الحد الأدنى في مولجتها، لم يعد مكانها لها في مركزها، لتطو بموقعها وخصائص سلطتها على متهمها، ليس فقط من جهة الحقوق التي يملكها كل منهم قبل الآخر، وإنما كذلك على صعيد إمكانياتها ومواردها للضغمة، التي توفر لها وسائل علمية وعملية تدعم بها التهمة التي أقامتها.

وتتمثل القرائن القانونية بميزان الحقوق في غير مصلحة المتهم. ذلك أن المشرع لا يقرر هذه القرائن لغیر سلطة الاتهام، كي يعفيها من التكاليف على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها^(٢).

٦٨٨- وقد يفترض المشرع بالقرينة القانونية، توافر القصد الجنائي في جريمة عمدية، ليقول سلطة الاتهام من إثباته. وهو ما ينمكس بالضرورة على أصل البراءة التي يتعين على النيابة العامة أن تستصحبها معها في كلالة إجراءاتها، ما كان منها سابقاً على المحاكمة، أو واقعاً أثناء سيرها. إذ هي الفطرة التي جبل الناس عليها، وحجر الزاوية The bedrock في كل نظام متحضر للعدالة الجنائية، وقاعدة مبدئية أصيلة تقتضيها إدارتها Axiomatic and elementary. والمواجهون بالاتهام الجنائي يعتصمون بها طوال مراحل حياتهم، لا يفككون عنها. ذلك أن التصالحات بهم، لا يزيلها عنهم، إلا إذا أدانهم حكم قضائي بات بالجريمة التي اتهموا بها.

(١) Leary v. United States, 395 U.S. 6 (1969).

(٢) تنص المادة ٤٠٤ من القانون المدني على أن القرائن القانونية تعفي من ثبوت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالأدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بخير ذلك.

والحق أن منطقية القرينة -أيًا كان موضوعها- أصل فيها. ذلك أن المشرع يصوغ القواعد الموضوعية والقوانين القانونية، لا ليفرض بها حلولاً تحكمية مضافة للخبرة العملية القائمة في الحياة العملية في أوضاعها الأكثر شيوعاً، وإنما يشق المشرع مما يقع غالباً في الحياة العملية، القاعدة الموضوعية التي ينشئها، وكذلك مضمون كل قرينة قانونية يستلهمها^(١). ولا يجوز في المواد الجنائية على الأخص أن يفرض المشرع قرينة قانونية تفل بطريقة تحكمية، بحق المتهم في دفعها من خلال حظر التكليل على عكسها^(٢).

A Presumption which is entirely arbitrary and which operates to deny a fair opportunity to repel it or to present facts pertinent to one's defence, is void.

ومن صور القرائن التحكيمية:

* أن الآباء الطبيعيين لا يعتبرون جديرين بحضانة أبنائهم المولودين خارج نطاق علاقة الزوجية^(٣).

* تقرير أن كل امرأة حامل لا تصلح لأداء عملها، إذا بلغ حملها أربعة أشهر سابقة على توقعها ولادة جنينها، وإلزامها بالتالي بأن تحصل خلال هذه الفترة على إجازة بدون أجر من عملها. إذ يتم إكراهها على هذه الإجازة بمقتضى قرينة قانونية تحكمية تقطع بمكمل صلاحيتها لأداء العمل خلالها. وهو ما لا يجوز قانوناً في المجال الجنائي^(٤). ذلك أن قطعية القرينة لازمها أن يصير الافتراض الكامن فيها عسياً على المراجعة، بما يؤهل التناوب للتخلص بصفة نهائية من واجبها في التكليل على الواقعة التي تقوم بها القرينة ولو استطاع المتهم نفيها^(٥). فضلاً عن أن القرينة القاطعة هي في حقيقتها نوع من التعميم المطلق غير

(١) فللقاعدة التي تنص بأن يحظر الشخص راشداً بلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية، قسادة موضوعية تفترض أن يكون من بلغ هذه السن، كامل الأهلية في الأعم من الأحوال، ولو ثبت أن بعض الذنن بلغوا، يتصرفون بقدر من العيش والنزق. ذلك أن المشرع يتجاوز عن التفاوت فيما بين إنسان وآخر، حتى يضبط التعامل ويهتقر. والقاعدة التي تقضي بأن الوفاء يقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأحكام السابقة عليه، مبناها قرينة قانونية تعدد بما يقع في الأعم من الأحوال في الحياة العملية. ولكن يجوز إثبات عكس هذه القرينة، وذلك بأن يقدم الدلائل ما يدل على أن الوفاء اللاحق، لا يثبت سبق الوفاء بالأحكام السابقة. وهو ما يعنى جواز معارضة القرينة بطلتها، على خلاف الأمر في القواعد الموضوعية. انظر في ذلك الوسيط للدكتور السبوري الجزء ٣ ص ٦١٧ وما بعدها.

(٢) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Carella v. Califormio, 491 U.S. 263 (1989).

(٣) Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

(٤) Cleavland Board of Educ. v. LaFleur, 414 U.S. 632 (1974).

(٥) Department of Agriculture v. Murry, 413 U.S. 508 (1973).

المقبول في المواد الجنائية التي يفترض مواجهة كل حالة على حدة وفق ظروفها وخصائصها.

وإن تعين في هذا المقام التميز بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية، ذلك أن كل قاعدة موضوعية تستغرق علتها، فلا تجوز معارضتها بها بعد اندماجها فيها، ليقبها المشرع إلى حقائق ثابتة لا يجوز نقضها، ولو بالإقرار أو اليمين.

ولا كذلك القرائن القانونية التي تلازمها علتها؛ ولا تفارقها. بل تقوم إلى جوارها. ومن ثم جاز نقض القرائن القانونية جميعها - حتى ما كان منها قاطعاً^(١).

على أن نقض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار أو اليمين، وإن جاز في المسائل المدنية، إلا أن القبول بقطعية القرينة في المواد الجنائية غير متصور، ولو كانت القرينة التي أحدثها المشرع منطقية في صلبها.

ذلك أن إعمال القرائن القانونية في المجال الجنائي، يرتبط مباشرة بالحرية الشخصية. ولا يجوز بالتالي أن يؤخذ بالقرينة القانونية المنطقية فيما يقيد هذه الحرية، إلا إذا توافر لكل متهم الحق في نقضها بالأدلة التي يدفعها بها.

ولا كذلك القرينة القاطعة التي تسقط بها حقوق المتهم في نفي الواقعة التي افترضتها، بما يدال من الحد الأدنى للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهته سلطة الاتهام؛ وينقض كذلك قواعد إدارة العدالة الجنائية التي تقوم في جوهرها، على أن كل واقعة تقوم بها الجريمة، لا يجوز افتراض ثبوتها كحقيقة لا تتبدل، فلا يدفعها المتهم بنية أدلة يقدمها، أيا كان قدر قوتها الإقناعية.

وفي مصر لا تثير المحكمة الدستورية العليا، شكوكاً جدية حول جواز قبول القرائن القانونية في المجال الجنائي. ذلك أن إمعان النظر في أحكامها وتحليلها، يدل على مناقشتها لكل قرينة قانونية فرضها المشرع، ونظرها في معقوليتها، وتحريها لدلائلها، وصلتها بالتكليف التي رتبها المشرع عليها، ورفضها بالتالي لكل قرينة قانونية لا تتوافر بها علاقة منطقية بين

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٣ - ص ٤٧٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن القرينة القاطعة وإن كان لا يجوز إثبات عكسها، إلا أن نقضها بالإقرار واليمين، جائز.

الواقعة الأصلية التي يفترض المشرع ثبوتها بالقراءة التي أُلحِثها؛ وبين الواقعة التي أُلحِثها محلها، واعتبر إثباتها مفض إليها، لتقوم مقامها مغنية عن إثباتها.

فيذا بان لها أن القراءة القانونية تقوم على التحكم والإملاء، فإنها تتجها، وعلى الأخص كلما صاغها المشرع كي يفترض بها توافر القصد الجنائي، أو لئحتمها ليحل بها من الأصل في الأشياء التي تتعلق الجريمة بها، أو توخى بها إهدار حقوق الملكية التي كفلها الدستور.

على أن ما ينبغي أن يلاحظ في القرائن القانونية التي حللتها المحكمة الدستورية العليا، هو أنها أهدرتنا جميعها لمجافاتها لحكم العقل، وانقضاء كل صلة منطقية بالتالي بين الواقعة التي يفترض القانون ثبوتها؛ والواقعة التي أُلحِثها محلها عوضا عنها، وجعل ثبوتها دليل تحقق الواقعة التي يفترضها.

ولكن المحكمة الدستورية العليا لم تعمل حتى اليوم -وفي إطار هذا الضابط- قراءة قانونية واحدة من القرائن التي واجهتها على امتداد حياتها القضائية. وهو ما يعنى نظرتها المتشككة إلى تطبيق القرائن القانونية في المجال الجنائي، واتجاهها إلى حمل سلطة الاتهام على أداء المهام التي تقوم أصلا عليها، ولخصها تقديم الدليل على كل واقعة تقوم بها الجريمة، فلا تطعها منها من خلال قراءة قانونية. وربما كان هذا الاتجاه أدنى إلى تحقيق مصلحة المتهم التي لا يجوز أن تفل بمصلحة للجماعة لها اعتبارها.

ولما يتعين موازنة أولاهما بثانيتهما؛ وأن ينظر إلى القراءة القانونية بالتالي على ضوء معقوليتها في إطار تقدير عام للحقائق العلمية والصلية القائمة في زمن معين. ذلك أن منطقية القراءة القانونية هي التي تنفي عنها التحكم بعد أن دل مضمونها على ارتباطها بما هو راجع لواقع صلا.

والبين من تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن القرائن القانونية، إبطالها لكل قراءة يفترض بها المشرع توافر القصد الجنائي؛ أو خرج بها على الأصل في الأشياء؛ أو أهدر من خلالها الحماية التي يكفلها الدستور لحق الملكية.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

المطلب الأول

قرائن قانونية مخالفة للدستور، وذلك لافتراضها القصد الجنائي

الفرع الأول

النقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن.

٦٨٩- عملاً بنص المادة ١١٧ من القانون الجمركي رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، يفرض على ربان السفينة، أو قائد الطائرة، غرامة لا تقل عن عشر الضريبة الجمركية المعرضة للضياع ولا تزيد على مثليها؛ وذلك في حالة النقص غير المبرر في عدد الطرود أو محتوياتها. عما أدرج عنها في قائمة الشحن وقد طعن بعدم دستورية هذه المادة أمام المحكمة الدستورية العليا التي كان عليها -قبل الفصل في دستورتها- أن تحدد الطبيعة القانونية للغرامة المنصوص عليها في المادة ١١٧ المشار إليها، وعما إذا كان فرضها يثير مسؤولية مدنية أم جنائية للربان أو قائد الطائرة.

وقد خلص قضاء هذه المحكمة بعدم دستورية هذه المادة، وقام فضائها في ذلك محمولاً على الدعائم الآتي بيانها:

أولاً: أن المشرع الجمركي عامل النقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما هو مدرج في قائمة الشحن، بافتراض أن الربان قد هربها، ولا يتصور أن يتعلق هذا الافتراض إلا بجريمة إدخالها إلى البلاد بطريق غير مشروع دون أداء ضرائبها الجمركية. وإذا كان من المقرر أن الجريمة لا تقوم إلا عن أفعال أشمها المشرع من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء إتيانها، مصيباً بعينها من يكون مسئولاً عنها من الفاعلين والشركاء؛ وكانت العقوبة قد تتخذ صورة الغرامة المالية التي يقدر المشرع أن ثقلها يعتبر كافياً لردع الجناة المحتملين وحملهم على تجنبها، وكان القانون الجمركي قد ربط مخالفة الجمركية التي يمثلها النقص غير المبرر في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، بالفائدة التي تضور أنها تعود على جناتها من وراء ارتكابها، فرد عليهم ما قصدوه منها من خلال الغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من هذا القانون، والتي نسبها إلى المكوس الجمركية ذاتها حتى لا يكون مبلغها ثابتاً فإن هذه الغرامة. -وذلك طبيعتها- تتوفر لها خصائص الغرامة للنسبة التي يتضمنها المسئولون عن الجريمة التي تستوجبها، في دفعها -فاعلين كانوا أو شركاء- فلا يحكم عليهم -مع تعددهم- إلا بغرامة واحدة بقيسها المشرع وفقاً للضوابط التي قدرها لتناسبها مع الفائدة

التي حققها الجناة من جريمتهم، أو التي قصدوا إلى بلوغها بارتكابها، فلا تحصل الإدارة الجرمية إلا على مبلغها لا أكثر ولا أقل، تؤكد لحيثيتها التي لا ينافيها تقرير حد أدنى لها.

ثانياً: لكل جريمة عقوبتها التي لا تنفصل عن الأفعال التي تكونها. والغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من القانون الجرمي، مناطها تلك المخالفة الجرمية التي يفترض المشرع أن الربان أو قائد الطائرة قد ارتكبها، فلا تقوم هذه الجريمة في حقهما إلا بتوافر أركان هذه الجريمة، وإثباتها بكل عناصرها.

فلا يحكم بها على من يكون غير مسئول جنائياً عنها، فإذا تعدد المسؤولون عن المخالفة الجرمية -الذين وصفهم المشرع بالفاعلين والشركاء- تحقق تضامنهم في الوفاء بعقوبتها.

ثالثاً: أن الغرامة التي حددتها النصوص المطعون عليها، وإن خول المشرع الإدارة الجرمية ذاتها الحق في توقيعها، إلا أن ماهية هذه الغرامة لا تتحدد على ضوء حقيقة الجهة التي خولها المشرع حق فرضها، وإنما بالنظر إلى خصائصها.

رابعاً: الأصل في الطرود أن يكون ما فرغ منها سواء في أعدادها أو محتوياتها -مطابقاً لبياناتها في قائمة الشحن. فإذا نقص ما فرغ من هذه الطرود عما هو مدون بشأنها في تلك القائمة، فإن لفترض تهريبها يقوم في حق الربان أو قائد الطائرة (إصلاً لتلك القرينة التي أحدثها المشرع، والتي لا يدفعها أيهما إلا إذا أقام الدليل على عكسها ببراهين يبرر بها هذا النقص.

خامساً: لا يجوز أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى إحداثها لقرائن قانونية تتفصل عن واقعها، ولا تربطها بالتالي ثمة علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في لطاق الدعوى الجنائية التي اختصاصها بالفصل فيها. ذلك أن الأغراض النهائية للقوانين الجنائية ينافيها على الأخص أن يدان المتهمون لغیر جريمة، أو عن طريق الإخلال بالموازين الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام، ومتهموها.

سادساً: أن المسؤولية الجنائية لا تحركها إلا مصلحة الجماعة بافتراض أن ضرراً قد أصابها من خلال إتيان الأفعال التي أثمها المشرع لضرورة اجتماعية قدرها، متدرجاً بمقابها تبعاً لخطورتها؛ وناهياً أصلاً عن التنازل عن الخصومة الجنائية موضوعها أو التصالح عليها.

فلا يكون الجزاء عليها محض تعويض، بل إيلاماً مقصوداً لردع جناتها، ضماناً لأن يكون الوقوع فيها من جديد أقل احتمالاً.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التي لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته، أو توقعها. وإنما مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأضرار ضرراً، سواء أكان هذا العمل عمداً أم إهمالاً. ومن ثم كان التعويض الكامل جزءاً مما، وهو لا يكون كاملاً إلا إذا كان جابراً لعناصر الضرر جميعها دون زيادة أو نقصان؛ وكان هذا للتعويض كذلك من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها؛ وكان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزاً، إذا كان الفعل الواحد منشأً لهما معاً، بأن كان ضاراً بالجماعة وبالفرد في آن واحد؛ وكان تباعدهما كذلك متصوراً؛ إلا أن أظهر ما يميز بينهما، أن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالنظر، وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها.

سابعاً: أن جريمة التهريب الجرمي من الجرائم المدنية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها، ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها، وبظن معها الوقوع فيها، سلوكاً محدداً أتاه جان، بل توهم لا يقوم به دليل، ولا تنهض به المسؤولية الجنائية.

ثامناً: إذ أقام المشرع من مجرد وجود نقص في عدد الطرود المغرقة أو محتوياتها، قرينة على تهريبها لا يدفعها المتهمون عنهم إلا بتقديم ما ينقضها؛ فإن إخطالهم في نفيها، يكون تقريراً لمسؤوليتهم الجنائية عن الجريمة بما ينقض الافتراض براءتهم؛ ويحول دون افتقاعهم بضمانة الدفاع التي تفترض لممارستها قيام اتهام محدد ضدهم، معزز بالبراهين الجائز قبولها قانوناً؛ وإخلاقاً بالضوابط التي فرضها الدستور في مجال محاكمتهم إنصافاً؛ وتدعياً كذلك على الحدود التي فصل بها بين ولاية كل من السلطتين التشريعية والقضائية^(١).

الفرع الثاني

مناط مسؤولية الحائز للبضائع الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتهريبها

٦٩٠- كان المشرع بعد أن نص في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجرمي الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على أن حيازة البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها مع العلم بأنها مهربة، تعتبر في حكم التهريب الجرمي؛ قضى بأن هذا العلم يفترض إذا

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - س ٧٤٩ من الجزء

لم يقدم حائز البضائع الأجنبية بقصد الاتجار، ما يؤيد سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها.

وقد طعن بعدم دستورية هذه القرينة التي أحل بها المشرع واقعة عدم تقديم الأوراق المؤيدة لمسبق دفع الضريبة عن البضائع الأجنبية المحوزة بقصد الاتجار فيها، محل واقعة العلم بتهريبها، محطيا بذلك سلطة الاتهام من التزامها الأصيل بأن تقدم بنفسها الدليل على تحقق كل ركن يتصل ببيان الجريمة، بما في ذلك للقصد الجنائي ممثلا في إرادة إتيان الفعل مع العلم بالوقائع التي تعطيه دلالة الإجرامية.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من هذا المادة ١٢١ من هذا القانون، وذلك فيما تضمنته من افتراض القصد الجنائي على النحو المتقدم. وقام حكمها في ذلك على الدعام الأتية:

أولاً: أن القرينة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ المشار إليها، قريبة قانونية. ذلك أن الأصل في الترافق القانوني - قاطعة أو غير قاطعة - أنها من عمل المشرع. وهو لا يقيها تحكما أو إملاء. وإنما يصوغ المشرع القرينة، ويحدد مضمونها، على ضوء ما يقع غالبا في الحياة العملية.

وإذا كانت القرينة القانونية التي أوردها الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي تتعلق ببضائع أجنبية تم التعامل فيها بعد خروجها من الدائرة الجمركية، وكان هذا التعامل لا ينحصر فيمن قام باستيرادها ابتداء، وإنما تكاد كلها أيد عديدة شراء وبيعاً - إلى أن تصل إلى حائزها الأخير، وكان التعامل فيها خلال مراحل تداولها المختلفة، يتم بافتراض سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها بعد تجاوزها الدائرة الجمركية التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر في نطالها ضرائبها، وتستكمل إجراءاتها، وكان ما تقدم هو الأصل فيها، فلا ينقض هذا الأصل إلا بدليل يتم من الإدارة الجمركية ذاتها. وكان هذا الأصل مرددا كذلك بالمادة ٥ من القانون الجمركي التي يدل حكمها على أن البضاعة الواردة لا يجوز الإفراج عنها، إلا بعد أداء مكوسها على اختلافها، ما لم ينص القانون على غير ذلك؛ فإن الواقعة البديلة التي اختارها النص الممتنع فيه سمثلة في عدم تقديم حائز البضاعة الأجنبية بقصد الاتجار فيها، ما يدل على الوفاء بالمكوس المقررة عليها - تكون قرينة على علم المتهم بأن البضائع الأجنبية التي يحوزها بقصد الاتجار فيها، قد تم تهريبها.

وهي قرينة تحكمية حجب للمشرع بها محكمة الموضوع عن التحقق من توافر هذا العلم أو تخلفه. وتتعدو القرينة بالتالى مقعمة لإهدار افتراض البراءة.

ثانياً: إذ كانت جريمة التهريب للجمرى من الجرائم العمدية؛ وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها -وعلى ضوء تقديرها للأدلة التى تطرح عليها- من علم المتهم بحقيقة كل واقعة تقوم عليها الجريمة، وأن يكون هذا العلم يقينياً، لا ظنياً أو الافتراضياً؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية التدخل بالقرائن التى تنشئها لعل يد المحكمة عن القيام بمهمتها الأصلية فى مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التى عينها للمشرع، إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ وكان نص الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمرى، قد حدد واقعة ذاتها جعل ثبوتها بالطريق المباشر، دالاً بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية، ليفرض بذلك وجهة النظر التى ارتأها فى مسألة تنقل محكمة الموضوع بتحقيقها عند الفصل فى الاتهام الجنائى، وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، ومال ما يسفر عنه إلى العقيدة التى تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها؛ فإن واقعة العلم بالتهريب التى لمبها النص المطعون فيه إلى المتهم، تتمحض لانتحال اختصاص عهد به الدستور إلى السلطة القضائية؛ وتعدى على الحدود التى تفصل بينها وبين السلطة التشريعية؛ وبما يتعارض كذلك افتراض البراءة من لثمة الجنائية، ويخل بالحرية الشخصية التى اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً.

الفرع الثالث

مذاب مسئولية رئيس تحرير الصحيفة

٦٩١- كان المدعى قد أقام الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية أمام المحكمة الدستورية العليا^(١)، داعياً على نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات مخالفتها للدستور. وقد تبين لهذه

(١) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٩- من ٢٨٦ وما بعدها فى الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. هذا وتقضى المادة ١٩٥ من قانون العقوبات بما يأتى:

فقرة أولى: "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير، بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التى ترتكب بواسطة صحفائه.

فقرة ثانية: ومع ذلك يعنى من المسئولية الجنائية:

١. إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه، وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق المساعدة على معرفة المسئول عما نشر.
٢. أو إذا أُرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يتم النشر لمرض نفسه لخبارة وظيفته فى الجريدة أو لمرض جسم آخر.

المحكمة أن الفقرة الأولى من تلك المادة هي التي يقوم عليها الاتهام الجنائي ضد المدعى عليه الثاني باعتباره رئيس تحرير الجريدة التي نشر بها المقال المتضمن قذفاً وسباً في حق المدعى؛ وأن الخصومة الدستورية يحرص نطقها في هذه الفقرة؛ وأن ارتباطها بقرئتها الثانية وإن كان لا يقبل للتجزئة -باعتبار أن أولاهما تقرر المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير، وأن ثانيتهما تحدد صور الإعفاء منها- إلا أن إبطال فقرتها الأولى يعتبر كافياً وحده لمسقوط فقرتها الثانية التي لا يتصور تطبيقها ما لم يكن تقرير مسؤولية رئيس التحرير في الحدود التي تضمنتها الفقرة الأولى- جائزاً وفقاً لأحكام الدستور.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ المشار إليها، وبسقوط فقرتها الثانية. وقام حكمها في ذلك محمولاً على الدعائم الآتية:

أولاً: لا شأن للجريمة بدخائل النفس ومضموماتها. ذلك أن الجريمة تبلور سلوكاً خارجياً مواخذاً عليه قانوناً.

ثانياً: الأصل في الجرائم المدنية جميعها، أنها تعكس تكويناً مركباً باعتبار أن قوامها التزام بين بد اتصل الإثم بعملها، وعقل واع خاطئها، ليهيمن عليها، ويوجهها إلى النتيجة التي فسد إحداثها، لولم هذا القصد -باعتباره ركناً معنوياً في الجريمة- الشخصية الفردية في ملاحظها وتوجيهاتها. ذلك أن حرية الإرادة تعني حرية الاختيار بين الخير والشر، ولكل وجهة هو موليتها، لتكفل الجريمة- في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي فرضتها المشرع، والإرادة التي تعمل فيها تلك النزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها بديلاً عن الانتقام والنار من صاحبها.

ثالثاً: يؤثر تجريم الأعمال التي تتصل بالمهام التي تقوم الصحافة عليها وفقاً للدستور -ولو بطريق غير مباشر- الشبهة المبدئية حول دستورتها، لتفصل المحكمة الدستورية العليا فيما إذا كان الفعل المؤثم قانوناً في نطاق جرائم النشر، ينال من الدائرة التي لا تنتهك حرية التعبير إلا من خلالها؛ أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتبارها.

رابعاً: كفل الدستور للصحافة حريتها، ولم يجز إنذارها أو وقفها أو إلغاءها إدارياً، بما يحول كأصل عام دون التدخل في شؤونها، أو إرهابها بغيود ترد رسالتها على أعقابها، أو تقلص دورها في بناء مجتمعها وتطويره.

ذلك أن حرية الصحافة قولها أن يكون الحول بدلاً عن القهر والتمسك، ونافذة للإطلاق للمواطنين على الحقائق التي لا يجوز حجبها عنهم؛ ومنحلاً لتسويق معلوماتهم فلا يجوز طمسها أو تلويثها. بل إن الصحافة تكفل للمواطن دوراً فاعلاً، وعلى الأخص من خلال الفرص التي تتيحها لنشر الآراء التي يؤمن بها Individual self-expression. فلا يكون سلبها منكناً وراء جدران مغلقة، أو مطارداً بالفرع من بأس السلطة وعدوانيتها.

خامساً: أن افتراض براءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان عليها، أصلاًن كلفهما الدستور بالمادتين ٤١ و٦٧.

فلا يجوز أن تأتي السلطة التشريعية صلاً يخل بهما، وعلى الأخص عن طريق ادعائها لنفسها الاختصاص المخول للسلطة القضائية في مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك القصد الجنائي إذا كان مطلباً فيها.

إلا أن النص المطعون فيه، يفترض أن الإذن بالنشر الصادر عن رئيس تحرير الجريدة، يفيد علمه على وجه اليقين، بالمادة التي تضمنها المقال بكل تفاصيلها، وأن محتواها يشكل جريمة معاقباً عليها قصد رئيس التحرير إلى ارتكابها وتحقيق نيتها، مقيماً بذلك قرينة قانونية محل فيها هذا الإذن محل القصد الجنائي، وهو ركن في الجريمة المعنوية لا تقوم بغيره.

ولا ينال مما تقدم، قاله أن البند (١) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، قد أعطى رئيس التحرير من المسؤولية الجنائية التي أنشأتها فقرتها الأولى في حقه، إذا قدم الدليل على أن النشر تم بدون علمه. ذلك أن مجرد تمام النشر دون علمه، ليس كافياً ولقياً لهذا البند لإعفائه من مسؤوليته الجنائية. وإنما يتعين عليه فوق هذا -إذا أراد التخلص منها- أن يقدم لجهة التحقيق كل ورقة ومطومة تعيدها على معرفة للمسئول عما نشر. بما مؤداه قيام مسؤوليته الجنائية، ولو لم يباشر دوراً في إحداثها. فضلاً عن أن النص المطعون فيه جعل رئيس التحرير مولجاً بواقعة أثبتتها القرينة القانونية في حقه دون دليل بظاهرها، ومكلفاً المتهم بنفيها خلافاً لافتراض البراءة.

كذلك يظل رئيس التحرير وفقاً للبند (٢) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، مسؤولاً عن الجرائم التي تضمنها المقال، ولو أثبت أنه لو لم يقم بالنشر، لفقد وظيفته في الجريدة التي يعمل بها، أو تعرض لضرر جسيم آخر. إذ عليه فوق هذا، أن يرشد أثناء التحقيق عن أي الجريمة، وأن يقدم كل ورقة ومطومة لديه، لإثبات مسؤوليته.

وهو ما يعنى أنه أيا كانت الأذلة التي يقدمها رئيس تحرير الجريدة، مثبتاً بها اضطرابه إلى النشر، فإن مسؤوليته الجنائية لا تقتضى إلا إذا أُرشد عن أشخاص قد لا يعرفهم، هم المسؤولون عن المقال أو غيره من صور التمثيل. وهو ما يناقض شخصية للمسؤولية الجنائية التي تفترض ألا يكون للشخص مسئولاً عن الجريمة، ولا أن تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

مسانداً: أن ما تقدم مؤداه، أنه سواء أكان النشر في الجريدة قد حصل دون تدخل من رئيس تحريرها، أم كان قد أذن بالنشر اضطراراً حتى لا يفقد عمله فيها، أو توقفاً لاضرار جسم آخر؛ فإن رئيس التحرير يظل في الحالتين مسئولاً جنائياً بمقتضى النص المطعون فيه الذي أنشأ في حقه قرينة قانونية للفرض بموجبها علمه بكل ما احتواه المقال المتضمن سباً أو قذفاً في حق الآخرين، وهي بعد قرينة يظل حكمها قائماً، ولو كان رئيس التحرير متغيباً عند النشر، أو كان قد عهد إلى أحد محرريها بقدر من مسؤوليته؛ أو كانت السلطة التي يبشرها عملاً في الجريدة، تؤكد أن توليه لشؤونها ليس إلا إشرافاً نظرياً لا فعلياً.

مبايعاً: وما يقال من أن كل واقعة أوردتها المقال متضمنة سباً أو قذفاً في حق الآخرين، ما كان لها أن تتصل بالغير، إلا إذا أذن رئيس التحرير بنشرها، لتكتمل بالنشر الجريمة التي نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير.

مردود أولاً: بأن الجريمة العمدية تقتضى لتوافر القصد الجنائي بشأنها - وهو أحد أركانها - علماً من الجاني بعناصر الجريمة التي ارتكبتها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التي أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجتها غير التي قصد إلى إحداثها، شأن الجريمة العمدية في ذلك، شأن الجريمة التي نسبها النص المطعون فيه لرئيس تحرير الجريدة باعتباره فاعلاً أصلياً لها.

ولا يتصور بالتالى أن تنحصر هذه الجريمة عن إعمال يقوم مقام العمد. إذ هي جريمة عمدية ابتداء وانتهاء لا تتوافر أركانها ما لم يكن رئيس التحرير حين أذن بنشر المقال المتضمن قذفاً وسباً، كان متراكماً أيعاده واعياً بأناره، قاصداً إلى نتيجته.

ومردود ثانياً: بأن اعتبار رئيس تحرير الجريدة فاعلاً أصلياً لجريمة عمدية، ومسئولاً عن ارتكابها، لا يستقيم مع افتراض القصد الجنائي بشأنها، وإلا كان ذلك تشويهاً لخصائصها.

ومرئود ثالثاً: بأن ما نتوخاه كل جريدة، هو أن يكون اهتمام قارئها بموضوعاتها حياً من خلال تنوعها وعسقتها وتعدد أبعادها واستعدادها على كامل صفحاتها مع كثرتها، وتطرقها لكل جديد في العلوم والفنون على تباينها. فلا تكون قوة الصحافة إلا تحييراً عن منزلتها في إدارة الحوار العام وتطويره، لا تنقيد رسائلها في ذلك بالحدود الإقليمية، ولا تحول دون اتصالها بالآخرين قوة أيا كان بأسها، بل توفر صناعتها سواء من خلال وسائل طلبها أو توزيعها - تطوراً تكنولوجياً غير مسبوق يعزز دورها، ويقارنها تنسيق محموم يتوخى أن تقدم الجريدة في كل إصداراتها، الأفضل والأكثر إثارة لقراءها، وأن تتيح لجمهورها قاعدة أعراس لمعلوماتهم، ومجالاً حيويّاً يحبرون فيه عن نواتهم، وأن يكون أثرها في وجدانهم، وصاليتهم بمجتمعهم بعيداً.

بل إن الصحافة بأدائها وأخبارها وتحليلاتها، إنما تقود رأياً عاماً ناشئاً، وفاعلاً، يولوه إسهامه في تكوينه وتوجيهه.

ولا يتصور في جريدة تتعدد صفحاتها، وتتراحم مقالاتها، وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطاً بها جميعاً، نافذاً إلى كافة محتوياتها، محصياً بعين ثاقبة كل جزئياتها، ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بالفترض سوء نية من كتبها، ولا أن يقسمها وفق ضوابط قانونية قد يدق الأمر بشأنها، فلا تعدد تطبيقاتها.

ومرئود رابعاً: بأن المسؤولية التقديرية وفقاً لقواعد القانون المدني -وقولها كل عمل غير مشروع لحق ضرراً بالغير- هي التي يجوز افتراض الخطأ في بعض صورها. ولا كذلك المسؤولية الجنائية، التي لا يجوز أن يكون الدليل عليها متحلاً، ولا ثبوتها مفترضاً.

ومرئود خامساً: بأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد أنسى عملاً مكروباً لجريمة يكون به فاعلاً مع غيره. ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلاً للجريمة إلا من خلال أعماله بأثرها تتصل بها وتعتبر تنفيذاً لها. ولئن جاز القول بأن العلانية في الجريمة التي تضمنها النص المطعون فيه، لا تتم إلا من خلال الأمر بنشر المقال المتضمن آنفاً وسباً في حق الآخرين، إلا أن مسؤولية رئيس التحرير جنائياً عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، ومدخلها علماً يقينياً بأبعاد هذا المقال.

ولا كذلك النص المطعون فيه، إذ يفترض مسؤوليته جنائياً بناء على صفته كرئيس تحرير يتولى شؤون الجريدة باعتباره مشرفاً عليها، فلا يكون منطابقاً إلا الإهمال في إدارتها، حال أن الإهمال والعمد يفرضان لا يتلاقيان. بل إن رئيس تحرير الجريدة، يظل دون غيره

ممنولاً عما ينشر فيها، ولو تحدثت أقسامها، وكان لكل منها محرر مسئول يبشر عليها سلطة فعلية.

ومرغود مبادساً: بأن صور الإعفاء من المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير -المقررة بالفقرة الثانية من المادة ١٩٥ ع- لا يتصور تطبيقها إلا إذا كانت هذه المسؤولية موافقة ابتداء لأحكام الدستور، ومن ثم يكون إبطال فقرتها الأولى لمخالفتها للدستور، مستتبها سقوط الفقرة الثانية من هذه المادة، فلا تقوم لها قائمة.

الفرع الرابع

مناطق علم المؤجر بالعقد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم

في شأن عين مؤجرة

٦٩٢- كان قد طعن في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية، بحكم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن مخالفتها للدستور^(١).

وقد قضى بحكم دستورية هذه الفقرة، وذلك فيما تضمنته من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد السابق الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. وقام قضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعاوى الآتية:

أولاً: أن القرائن القانونية جميعها من عمل المشرع. وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غائبة افتراض واقعة بذاتها -لا تكتمل لركان الجريمة بنسباً عنها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهمين (إلا فيها).

وهي بذلك تقصر عن أن تؤكد بصفة نهائية صحة الواقعة التي افترضها المشرع، باعتبار أن الأصل هو جواز هدمها Rebuttable Presumption.

(١) صدر الحكم فيها بجملة ٣ يناير ١٩٩٨ -وهو منشور في ص ١٠٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. هذا وتقتصر الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن على ما يأتي "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٥٠٠ جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أجرة مكاناً أو جزءاً منه، أو باع، ولو بقدر غير مشهر، أو مكن آخر منه، وكان ذلك للتأجير أو البيع أو للتصديق على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو غير مشهر، صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم".

ثانياً: أن افتراض براءة المتهم، يستصحب لفطرة التي جبل الإنسان عليها، وهو كذلك شرط للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية، فضلاً عن صلته الوثيق بالحقوق في الحياة، ويدعائم العدل التي تقوم على قواعد النظم المدنية والسياسية جميعها.

والبراءة لا يجوز تعليقها على شرط يهدمها، ولا تعطيلها من خلال اتهام يكون متهاوياً.

بل إن الإخلال بها -وباعتبارها مبدأ بدهياً- An Axiomatic Precept يعد خطأ لا يفتقر A prejudicial Error مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها. ولا يستبر مجرد الاتهام كافياً لهدم أصل البراءة، ولا مثبثاً لواقعة تقوم بها الجريمة، ولا حلاً لدون التتليل عليها. وإنما يظل هذا الأصل قائماً إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي صار باتاً بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها -كل مكوناتها- كان نقياً متكاملًا.

ويبدو افتراض البراءة أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع بالنظر إلى أن الوسائل الإجرائية التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعها موارد ضخمة يقصّر المتهم عنها، ولا يوزنها إلا افتراض البراءة، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرهناً من كل شبهة لها أساسها Dans la Doute, on acquitte.

ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص العقابية، باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتها. وإنما يكون لكل منهم -وإرتكابه إلى هذا الأصل- أن يظل "ابتداءً" صامتاً، وأن يفيد "النتهاء" مما يعتبر شكاً معقولاً Doubt raisonable محيطاً بالتهمة من جهة ثبوتها.

ثالثاً: نكل الفقرة الأولى من المادة ٨٢ المعلوم عليها، على أن الجريمة المنصوص عليها فيها من الجرائم العمدية، وأن مناطها قيام شخص بتأجير عين بذاتها أو جزء منها -ولو بعقد غير مشهر- كلما تم هذا التأجير بالمخالفة لعقد قائم سبق أن حرره هو أو صبر عن نكته أو عن أحد شركائه، أو نوابه. ومن ثم يكون القصد الجنائي ركناً محطياً في هذه الجريمة لازماً لثبوتها.

بيد أن المشرع قدر أن التعاقد الجديد للمناقض للعقد السابق، قد لا يكون صادراً عمن دخل في العقد الأول، بل عن نكته، أو أحد شركائه، أو عن وكيل لأيهما، فافتراض علم هؤلاء جميعاً بالعقد السابق، وكأنهم جميعاً شخص واحد يقدر لأمره عواقبها، ويزنها في إطار من القيود التي حدد بها المشرع نطاق الأعمال التي يجوز أن يشرها.

وهو افتراض لا دليل عليه، ومؤاده إعفاء التلبية العامة من التزامها بتقديم الدليل على علم المؤجر بالتناقد السابق الصادر من نائبه، أو من شريكه في العين التي يملكها.

ونلك هي القرينة القانونية التي ألحها المشرع على افتراض البراءة، والتي أهدر بها الحرية الشخصية التي تكبل للنصوص العقابية لخطر القيود عليها، والتي يعتبر ضمانها ضد كل صور التحامل والتسلط لازماً لصونها؛ وعلى الأخص في إطار محاكمة جنائية يكون زمامها بيد محكمة الموضوع وحدها؛ ويقوم لضاوفا فيها متصلاً بأعمال التحقيق التي تجربها بنفسها، والتي تستخلص منها افتتاعها بقيام الجريمة المدعى بها أو انتفاؤها. فذلك وحده شرط إضافي.

ومن ثم تكون الفقرة المطعون عليها مخالفة لأحكام المبدأ ٤١، ٦٧، ٦٩، ٨٦، ١٦٥ من الدستور^(١).

والقول بأن الأحكام التي تضمنها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في شأن سرمان قواعد القانون المدني على صور بذواتها من الملائق الإجارية، وإهدار كل قاعدة على خلافها، تعتبر أصح للمتهم في مجال تطبيقها على النزاع المائل، مردود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور، يعتبر شرطاً مبدئياً للنظر في أصحهما للمتهم. ولا كذلك الفقرة الثانية المطعون عليها التي خلص قضاء هذه المحكمة إلى تعارضها مع بعض الأحكام التي تضمنها.

المطلب الثاني

التمييز بين القرائن القانونية وإعمال المسؤولية الجنائية بطريق القياس

٦٩٢- على أن القرائن القانونية جميعها -في مجال تطبيقها في النطاق الجنائي- تفترض إعفاء لسلطة الاتهام، من تقديم الدليل على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها.

ويظل التكيل على الجريمة في باقي عناصرها، واجبا أصيلاً على هذه السلطة تتولاها بنفسها وبوسائلها. ولا كذلك أن تكون المسؤولية الجنائية لشخص معين، تمهيداً على المسؤولية الجنائية لغيره، إذ لا يتصل ذلك بالقرائن القانونية في قليل أو كثير. وإنما تنحصر المسؤولية

(١) انظر كذلك في عدم دستورية افتراض قصد القتل، قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية، الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٦ فبراير ١٩٩٦، والمنشور في ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

الجنائية في هذا الغرض عن مسئولية بطريق القياس. ذلك أن المتهم إذ يعتبر مسئولاً جنائياً عن جريمة بعينها، لمجرد أن غيره قد ارتكبها؛ فإن هاتين المسئوليتين لا تكونان منفصلتين أو مختلفتين. وإنما تكون مسئوليته هو عن الجريمة، ملحقه بمسئولية غيره بشأنها لتقوم معها وتزول بتخلفها.

وتقدم لنا القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" خير مثال على ذلك. فقد اتهم بعض المسئولين عن النشر في جريدة حزبية بأنهم نسبوا إلى وزير البترول والثروة المعدنية - عن طريق النشر في جريدة حزبية - أموراً لو قام الدليل عليها لكان ولجأ عقابه، باعتبارها تشكل في حق جرائم الرشوة والتزوير والإضرار بالمال العام؛ وكان ذلك بسوء قصد منهم؛ وبغير تكليل من جانبهم على حقيقة كل فعل نسبوه إلي المضرور من النشر.

وإذ كان الاتهام الجنائي قد شمل رئيس الحزب الذي يملك الجريدة، فقد دفع رئيس الحزب بعدم دستورية المادة ١٥/٢ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، والتي تنص على أن يكون رئيس الحزب مسئولاً مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها^(١).

٦٩٤- وهذه الفقرة هي التي قضى بعدم دستورتها تأسيساً على ما يأتي^(٢).

أولاً: أن رئيس الحزب يعد مسئولاً وفقاً للنص المطعون فيه بوصفه شخصاً طبيعياً، وليس باعتباره نائباً عن الحزب الذي يمثله قانوناً في التعاقد، وكذلك في علاقته بالغير، وأمام القضاء. ومسئوليته هذه لا تقوم "منفردة" لخصائص تتعلق بها؛ ولا ترتبط بأعمال محددة تقوم عليها؛ بل انضماماً إلى مسئولية غيره لتقارنها، وتساويها، فلا تنفصل عنها.

ذلك أن مسئولية رئيس التحرير عما ينشر في الصحيفة الحزبية، لا ينظمها إلا نص المادة ١٩٥ ع التي تقتضي بأنه "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يُعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذي حصل فيه النشر - إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير - بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته".

(١) انظر القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٤٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم تقوم مسئولية رئيس الحزب التي رتبها النص المطعون فيه، مع مسئولية رئيس التحرير، وإلى جانبها، لتكون لها ملاحمها ومقرماتها.

ثانياً: أن النص المطعون فيه - وإن كان عقابياً - إلا أنه خلا من بيان الأفعال التي أُلهمها في شأن رئيس الحزب، والتي يعتبر إتيانها لها واقعا في دائرة التجريم. وإنما جعل مسئولية رئيس التحرير الجنائية - وفي الحدود المنصوص عليها في المادة ١٩٥ ع - أصل تنفرع عنه مسئولية رئيس الحزب - المدعى في الخصومة الدستورية - جنائياً. وجاء بذلك مخالفاً للدستور، ذلك أن شخصية العقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور، تفترض شخصية المسئولية الجنائية، فلا يزر الشخص غير سوء عمله، ولا يؤخذ بجريرة الجريمة إلا جنائتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، ولا يكون مسؤولاً عن الجريمة، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

ثالثاً: أن تحديد الأفعال التي كان ينبغي أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائي، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة للمهام التي ناطها الدستور بها. وتوجبها مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية، التي تفصل على ضوئها فيما إذا كان الفعل المؤثم قانوناً في إطلاق جريمة النشر، ينال من الدائرة التي لا تنكص حرية التعبير عن الآراء إلا من غلالتها، أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتباراً. ذلك أن الدستور كفل للصحافة حرمة بما يحول - كاصل عام - دون التدخل في شؤونها، أو إرهابها بقوود تؤثر في رسالتها.

رابعاً: أن للنص المطعون فيه، مؤداه أن جرائم النشر التي تقع من خلال الصحافة الحزبية، تتعلق أساساً وابتداءً برئيس التحرير؛ والمدعى إلحاقاً كرئيس للحزب الذي يملك تلك الصحيفة - وبوصفها فاعلين أصليين لها. وإذا كان هذان المتهمان مجابيهين بهذه الجرائم بافتراض أن لهما دوراً في إحداثها، وأنها عائدة إلى تخليهما عن واجباتهما؛ فقد عدا لازماً أن يكونا متكافئين في وسائل دفعها. غير أن النص المطعون فيه، جرد رئيس الحزب من وسائل الدفاع التي يقبل بها التهمة المنسوبة إليه، وككتفي بأن تكفل النيابة العامة على مسئولية غيره ممثلاً في رئيس التحرير، لتقوم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب ترتيباً عليها، وفي إطارها.

وهو ما يعنى أن رئيس الحزب صار - في نطاق مسئولية الجنائية الشخصية - تابعاً لغيره في أمر يرتبط بحريته الشخصية التي لا يجوز تقييدها بأفعال يأتها الآخرون، ويكون مصيره مطلقاً عليها. وآية ذلك أن النص المطعون فيه يقيم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب

فى الحدود التى تنهض بها المسؤولية الجنائية للشخصية لرئيس التحرير. فإن هو هدمها، لفساد رئيس الحزب من سقوطها، وإلا تحمل تبعاتها كاملة. وهو ما يعبر تمييزاً جائراً بين المتهمين فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها وفقاً للدستور، وعلى الأخص على صعيد محاكمتهم بطريقة منصفة فى مقوماتها وضوابطها، تتكافأ من خلالها فرصهم فى مواجهة الاتهام الجنائى ونفيه، مما يخل بمساواتهم أمام القانون وفقاً لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن المسؤولية الجنائية التى قررها النص المطعون فيه فى شأن رئيس الحزب، هى فى حقيقتها نوع من المسؤولية بطريق القياس Punishment by analogy. فقد ألحق المشرع مسؤولية رئيس الحزب بمسؤولية رئيس التحرير، وربطها بها، وجعلها من جنسها، وأقامها من نسجها، وأضافها إليها لتتبعها ثبوتاً ونقياً، وإحليلها إلى مسؤولية مفترضة فى كل مكرراتها وعناصرها.

فلا تقوم الجريمة بها بناء على أفعال محددة فصلها المشرع (Material element)، ناهيك رئيس الحزب عن إثباتها بما لا غموض فيه، ولا على إرادته الواعية (Mental element)، التى تدل على توجهها وجهة إجرامية بذاتها، لبلوغ أغراض بعينها.

وإنما جعل المشرع مسؤولية رئيس التحرير دون غيرها، موطناً لمسؤولية رئيس الحزب، ودليلاً عليها، بل وبديلاً عن ثبوتها، تنهض معها وتزول وبزوالها. بما يؤكد تضامم هاتين المسؤوليتين، وألها فى حقيقتهما مسؤولية واحدة، هى تلك التى تقوم فى شأن رئيس التحرير، وحملها عليها.

سادساً: أن المسؤولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افتراض مؤداه، أن الصحيفة الحزبية زمامها بيده، يستقل بأمرها ويهيمن عليها، وأن إعمالاً وقع منه فى مجال تقييم ما ينشر بها. وهو الافتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء، وتأباه العدالة للجائفة وبهاض مقوماتها وقواعد إدارتها. وذلك من وجهين:

أولهما: أن هذا الافتراض يحى ألا تنشر مادة فى الصحيفة الحزبية إلا بعد عرضها عليه، ليقوم بتقييمها وفقاً لمعايير ذاتية يستقل بتقديرها ومراجعتها، ويعبر من خلالها عن توجهه الخاص، لينفرد بالصحيفة الحزبية محدداً إملاء ما ينشر فيها. ومن ثم يغدو اختصا لص رئيس التحرير منعداً فى نطاقها، وتصير مسؤوليته عنها لغواً.

وهو ما يناقض للتتظيم العقابي القائم على أن مسئولية رئيس التحرير وفقاً للنص المطعون فيه، هي الأصل، وإن إثباتها مؤداه أن تنهض معها - بقوة القانون - مسئولية رئيس الحزب التي تنفرع عنها.

ثانيهما: أن هذا الافتراض لو صح في رئيس الحزب، لكان مؤداه أن تقوم مسئولية الجناية استقلالاً عن غيره، ولصار لازماً أن يتولى بنفسه مراقبة مادة النشر في كل جزئياتها، وأن يتغلى بذلك عن واجباته الحزبية التي تقتضيه العمل على أن يكون حزبه أعرض قاعدة، وأكثر نفوذاً، وأبعد تطوراً، وأعمق فهماً لأمال أنصاره وطموحاتهم.

سابعاً: أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، مؤداه تجريدها من قوة نفاذها، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها منذ إقرارها، وامتناع متابعة الاتهام الجنائي بمناسبة تطبيقها.

وبذلك فسم العلاقة التي فرضتها هذه الفقرة بين مسئولية رئيس الحزب الجناية، ومسئولية رئيس التحرير، فلا يمتزجان أو يتضامان.

المطلب الثالث

قوانين قانونية مخالفة للدستور لخروجها على الأصل في الأشياء

فروع وحيد

مناط مسئولية من يحرص للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان

٦٩٥- فصل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها، الأحوال التي يقوم بها عوار مؤد إلى تلفها، ويكون ملاماً من تداولها، وقاطعاً بانتفاء صلاحيتها لاستهلاكها آدمياً، وهي أحوال حددها هذا القانون حصراً.

وإذا قدم أحد المتهمين إلى المحاكمة الجناية ل عرضه للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان [الحوماً] مع علمه بذلك؛ وكان المحضر الذي حرره مأمور الضبط القضائي يتضمن عرضه للبيع لهماً ببيع خارج المجزر العام، واعتبر لذلك غير صالح آدمياً للتناول، عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦؛ فقد طعن المتهم على هذه الفقرة طالباً الحكم بعدم دستوريته.

وقد أجابته المحكمة الدستورية العليا إلى طلبه، وقام حكمها في ذلك على مايلي:

أولاً: الأصل في الأغذية على اختلافها، هو خلوها من أمراضها، فلا تخرج عن طبيعتها لغير أمر عارض يصيبها في مكوناتها، بما يغير من تركيبها وخواصها الطبيعية. وهذا العارض ليس إلا صفة تطرأ عليها، ومن ثم يفترض تخلفه لا وجوده. إذ الأصل في كل صفة عارضة، هو العدم. ولا يجوز بالتالي أن نفترض النصوص القانونية عواراً اتصل بالأغذية، ولقدما صلاحية استهلاكها آدمياً، إذ يناقض هذا الافتراض الأصل فيها وهو سلامتها لا تسميتها. وهو أصل لا يجوز أن ينهدم إلا بدليل من الوسائل العلمية ذاتها يوفره أهل الخبرة.

ثانياً: إذ يفترض المشرع بالنص المطعون فيه، أن عدم ختم أجزاء اللحوم التي يعرضها أصحابها للبيع، بخاتم المجزر العام، مؤداه تلفها ويقتضى إعدامها، وكان هذا الافتراض مبناه قرينة قانونية أحل للمشرع بمقتضاها ولقمة عدم ختم أجزاء الذبائح بخاتم المجزر العام، محلل والقة قيام عارض بها تنقضي به صلاحية استهلاكها آدمياً -وهي الوالقة التي كان يتعين أن يدور الدليل حولها لإثباتها أو نفيها- فإن القرينة التي أحدثها المشرع في النطاق المتقدم، تكون مجافية لأصل خلو الأغذية جميعها من العوارض التي تسميتها.

وهي تحمي كذلك السلطة القضائية عن اختصاصها المقرر في شأن التحقق من قيام كل جريمة تفصل في ثبوتها أو انتفاءها على ضوء أركانها التي حددها المشرع. فضلاً عن إعطائها النيابة العامة من واجبها في تقديم الدليل على وقوع الجريمة التي تدعيها، وإعداداً للحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً^(١).

المطلب الرابع

قوانين قانونية مخالفة للدستور لتعديها على الحق في الملكية

٦٩٦- كان المدعى في الخصومة الدستورية، قد أقام دعواه الموضوعية أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد مصلحة دمع المصوغات والموازين، طالبا إلزامها بدفع المشغولات الذهبية التي كان قد قدمها لها، مع استعداده لدفع الرسوم المقررة عليها، ثم دفع

(١) انظر ذلك للقضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٦ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بعدم دستورية المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة التي تنص على ما يأتي^(١):

<<إذا كانت المعادن وغيرها مما هو منصوص عليه فيه، وأرودة من الخارج، فلا يجوز سحبها من الجمارك أو البريد، إلا إذا كانت مجموعة بدمغة أجنبية معترف بصحتها وفقاً للمادة الثانية من هذا القانون.

فإذا قدمت إلى مصلحة دمع المصوغات والموازين مباشرة، وجب على مقدم هذه الأصناف إثبات دخولها البلاد بطريقة مشروعة.

فإذا لم يتم ذلك وجب على المصلحة قبل قيامها بفحصها وتحديد عيارها ودمغها، إبلاغ الأمر لجهات الاختصاص مع التحفظ على الأصناف المشار إليها، وإثبات شخصية مقدمها لحين التصرف فيها بمعرفة الجهات المذكورة>>.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، أنه نظراً لورود مشغولات أجنبية صنع مواطنين مصريين إلى مصلحة دمع المصوغات والموازين لفحصها ودمغها مما يثير الشبهات حول مصدرها، ومما يحتل معه "ارتكاب جريمة من جرائم التهريب الجمركي" لعدم ورودها من الخارج عن طريق الجمارك أو البريد، وحرصاً على الصالح العام، فقد نصت المادة ١٥ من المشروع على أنه يجب على المصلحة للمذكورة إبلاغ جهات الاختصاص فوراً بذلك، مع التحفظ على كل ما يقدم إليها من هذا القبيل، وإثبات شخصية مقدمها، لحين التصرف فيها بمعرفة هذه الجهات.

٧٠٠- وقد قضى بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة، وذلك فيما تضمنه من النص على عدم دمع المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها مادته الأولى، وللتصرف فيها بمعرفة جهات الاختصاص^(٢). وذلك تأسيساً على:

(١) حددت المادة الأولى من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة - المعلن بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٧ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٤ - المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها أحكامه.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٧/٥ - لقاعدة رقم ٤٨ - من ٧٣١ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً: أن القواعد الجوهرية التي تدار العدالة الجنائية على ضوءها، لا يجوز تطبيقها إخلالاً بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية، التي ينالها أن يدان المتهمون بغير جريمة، أو وفق أدلة لا تبجل محكمة الموضوع بصرها فيها، ولا تبلغ منها قوة الإقناع التي تطلبن معها إلى نسبة الجريمة لفاعلها.

ثانياً: أن اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتحييد عقوبتها، لا يخولها التدخل في المجال الجنائي لفرض قرآن قانونية تتفصل عن واقعها، ولا تربطها علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها. إذ لا يحذر ذلك منها، أن يكون إخلالاً لإرادة محل السلطة القضائية، لتحييدها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية وتقدير أدلتها فسي شأن جريمة بذلتها لا يتصور إسنادها لفاعلها إلا بعد توافر ركنها بالشروط التي تطلبها المشرع فيهما.

ثالثاً: أن للنص المطعون فيه، مؤداه أن التقدم مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة بمشغولات ذهبية لفحصها وتحديد عيارها ودمغها، يفترض دخولها إلى مصر عن غير طريق البريد أو المنافذ الجمركية. وهو ما يعنى تهريبها إليها. حال أن تقديمها مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة من أجل دمغها، لا يفيد بالضرورة عبورها الحدود الإقليمية لجمهورية مصر العربية عن غير طريق منافذها التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر مكوسها.

كذلك فإن عدم تقديم حائزها الدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع، لا يفيد سبق تهريبها، بنشاط أثناء، ولا علمه بتهريبها لو أن غيره كان مسئولاً جنائياً عن التعامل على النظم الجمركية المعمول بها.

ذلك أن المعادن الثمينة، شأنها شأن غيرها من البضائع الواردة، تحكمها قاعدة مبدئية مفادها أن البضائع التي يتم التعامل فيها فيما وراء الحدود الخارجية للدوائر الجمركية، يفترض مرورها عبرها، وتحصيل مكوسها أثناء وجودها في نطاقها، ثم خروجها منها بمسند استيفائها لإجراءاتها.

يؤيد ذلك أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم العمدية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها. ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها، عملاً مادياً أثناء جان، ولا اتهاماً جنائياً تتسماند فيه لقرائن، بل تصوراً راجحاً أو مرجوحاً، وهي بذلك إلى الظن أدخل،

وإلى التوهم أدنى، ومن اليقين أبعد. ولا محل بالتالى لإسنادها إلى من يتعاملون في بضائع فيما وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية. ذلك أن نقلها بعد خروجها منها، وكذلك حيازتها ممن لا يقوم الدليل على اتصالهم بتهريبها، عمل جائز قانوناً. ولقول باحتمال أن يكون حائزها عندئذ مهرباً، ادعاء بلا دليل، لا ينقض الفراض للبراءة، ولا يجهض ما هو مفترض من سبق أداء مكوسها.

رابعاً: أن أصل البراءة مفترض في كل متهم، فلا يجوز أن يهدم إلا بدليل جازم مستبطن من عيون الأوراق وبموازين الحق، وعن بصر وبصيرة.

وإذا كان أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، ولا يتعلق بطبيعة أو خطورة الجريمة موضوعها، ولا بنوع أو قدر عقوبتها، وكان هذا الأصل يلمس على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها، وكان النص المطعون فيه قد أجاز فرض قيود في شأن المعادن الثمينة موداها على يد حائزيها -الذين لا يقيمون الدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع- عن تداولها سواء من خلال تحفظ جهات الاختصاص عليها، أو بمنعها أصحابها من التعامل فيها، وكان المفترض في هؤلاء الحائزين، أنهم لسوء استصحاباً لأصل براءتهم، شأنهم في ذلك شأن غيرهم من المواطنين الذين يظلم جميعاً هذا الأصل، فلا ينقض إلا بحكم يكون باتاً، فإن النص المطعون فيه، يكون بذلك متضماً تمييزاً غير مبرر بين أولئك هؤلاء، ومخالفاً بالتالى لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن الدستور -إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيداً لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي- كفل حمايتها لكل فرد -وطنياً كان أم أجنبياً- ولم يجز الممس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة -في الأعم من الأحوال- إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إثباتها، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها.

سادساً: أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الملكية لضبطها وفقاً لأوظيفتها الاجتماعية، حددها قواعد الدستور، فلا يجوز أن ينال المشرع من عناصرها، ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. ودون ذلك، تنقذ الملكية الخاصة ضماناتها الجوهرية التي كفلها الدستور بالمادتين ٣٢ و٣٤، ويكون العدوان عليها غصباً واقتنائاً على كيانها، أدخل إلى مصادرتها.

سابعاً: أن القيود التي فرضها النص المطعون فيه على أموال المخاطبين بأحكامه، ليس مدخلها الاتفاق، بل مصدرها نص القانون. وهي بعد لا تقتصر على حرمانهم من إدارة أموالهم، بل تتعداها إلى منعهم من التعامل فيها.

وفي كل ذلك تلال هذه القيود من ملكيتهم، وتقوض أهم خصائصها، لتكون -في مضمونها وأثرها- صورة من صور الحرمان بفرضها المشرع عليها -بعداً عن صدور حكم قضائي بها- بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور التي تقتضي أن تكون الملكية لأصحابها يباشرون عليها كل الحقوق المتفرعة عنها، لتظل أيديهم متصلة بها، لا تفل عنها، ولا ترد عن حفظها وإدارتها، بل يحيط نوها بها، وبشكل من التعامل يقدرون ملاءمة الدخول فيها، وكان هذان الإجراءان -رهما التحفظ على المشغولات الذهبية إلى أن تباشر جهة الاختصاص تصرفها فيها- مترتبين على افتراض المشرع تهريبها، وينتهيان إلى غل يد مالكها عن إدارتها والتعامل فيها، فإنهما بذلك يمثلان عدواناً على الملكية الخاصة التي كلل الدستور صونها.

الفصل الثالث

استماع الإخلاء بالحقوق

التي كفلها الدستور للمشتبهين والمتهمين

المبحث الأول

ضمان الحق في الحصول على مشورة محام^(١)

٦٩٧- ثمة روابط حقيقية وأصلية بين حق المتهم في الاستماع إليه، وبين أن يتم هذا الاستماع عن طريق محاميه في وجوده. ويتعين بالتالي أن يوفر المشرع الفرص الحقيقية التي يؤمن بها محاميا يتولى الدفاع عن المتهم.

فإذا كان المتهم من المعوزين الذين لا يملكون مالا كافيا يدفعونه أتعابا لمحاميهم، فإن على المحكمة أن توفر لهم محامين يندبون من قبلها Appointed Counsel للدفاع عنهم^(٢) وسواء كان المحامي معيّنا أو مأجورا، فإن الحق في الحصول على مشورة محام يعتبر صماما لمن يكفل لكل منهم ضمانات الحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية. وبدونه لن تتحقق العدالة مفاهيمها أو مطلباتها. ولا يجوز بالتالي أن توفره المحكمة في زمن دون آخر، أو في أوضاع غير ملائمة يعجز معها المتهم عن مواجهة التهمة بطريقة فعالة.

ذلك أن المتهمين يكونون عادة من أوساط الناس الذين لا يدركون الحقائق القانونية الكافية التي تعينهم على مواجهة الاتهام. فإذا أتركوا في بعض جوانبها، فإن معرفتهم بها تكون قاصرة لا تؤهلهم لإعداد دفاع مقنن، وعلى الأخص بالنظر إلى تعدد بعض صور الاتهام أو خفاء جوانبها أو تشابكها، أو حتى اضطرابها، فلا يستقيم فهمها لغير رجال القانون الأصق خبرة. وما لم يسقط المتهم حقه في الحصول على مشورة محام عن بصر وبصيرة Competently and intelligently waived، فإن هذا الحق يظل قائما.

ذلك أن أقل الأضرار مساسا بالخبرة الشخصية، شأنها شأن أسرتها وقما عليها. كلاهما ينال من مركز المتهم بين أهله، وفي إطار الجماعة التي هو من أفرادها.

ولا يجوز كذلك ربط ضمانات الدفاع بالأوضاع الخاصة التي تحيط ببعض الجرائم، وحجبها بالتالي عن سواها. إذ لو صح هذا النظر لصار إعمال هذه الضمانة أو رفعها، عملا

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

(٢) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

انتقائيا قائما على التحكم، وعلى نوع من التقييم لأهمية أو لضرورة الدفاع في دعوى بذاتها. وهو ما يدخل تقديرا شخصيا من المحكمة في مسألة لا شأن لها بها، بحكم اتصالها المباشر بالحق في استكمال هذه الضمانة أو إسقاطها، وهو حق يختص به المتهم دون غيره.

٦٩٨- ومن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن الناس لا يتمائزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي؛ ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضاها وفق مقاييس موحدة عند تولف شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها. بل يجب أن يكون للحقوق عينها، قواعد موحدة، سواء في مجال الدعاى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استدلائها، أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

و ضمانات الدفاع مطلوبة في المسائل المدنية والجنائية، ولكلها أكثر وجوبا في المسائل الجنائية. ذلك أن الوسائل التي تملكها سلطة الاتهام في مجال إثباتها للجريمة تدعها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها؛ ولا يوزنها إلا لفترض البراءة مقرونا بدفاع مقنن، لضمان إلا يذان منهم عن جريمة اتهم بارتكابها، ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها.

ولا يجوز بالتالى إسباغ الشرعية الدستورية على نصوص عقابية لا تتكافأ معها وسائل الدفاع التي ألتاحتها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها. فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها ونفيها.

٦٩٩- وما نص عليه الدستور في المادة ٦٨ من ضمان حق الدفاع -سواء من خلال الأصلاء فيه أو عن طريق موكلهم- يفترض ألا يكون دور المحامين شكليا أو رمزيا. بل فاعلا، فلا يماق.

ذلك أن الدستور كفل الحرية الشخصية واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها من خلال تنظيمها. وتفرض القوانين الجزائية على هذه الحرية أكثر القيود وأبلغها خطراً. ويتعين بالتالى أن تكون ضمانات الدفاع أداة موازنة هذه الحرية بالقيود عليها، حتى لا تراق الحرية للشخصية من خلال نظم جائزة لا تكفل لها الحد الأدنى من ضماناتها.

ويؤيد ما تقدم، أن المتهمين من أوساط الناس Laymen يختلفون في فهمهم للقانون عن المحامين المحريين الذين يرتبون حججهم وأوجه دفاعهم، ويقنون على ما نقص في أوراق التحقيق، وعلى أوجه اضطرابها، ويدركون كذلك تناقض شهود الجريمة في أقوالهم، أو تلونهم خوفا من السلطة أو تحاملهم على المتهم بالنظر إلى خصائص الجريمة التي ارتكبها أو كرد فعل لتقبل الإجماع لها أو غضبهم منها، أو لاضفائ سابق أو لمصلحة يرجونها.

كذلك ينفذ المحامون إلى كل ثغرة في النصوص القانونية ذاتها، ويقفون من كل حق مقرر بها، ويناقشون أوضاع الجريمة وظروفها خاصة المخففة منها، ويقدمون من أوجه الدفاع أكتفها لمصلحة المتهم، ومن الأعداء ما يطفون به من سوء الجريمة^(١)، ويعرضون نقاء سريرة المتهم وحسن ماضيه قبل ارتكابها، ويقفون على بطلان كل دليل يثبتها.

فلذا لم يمثل محام للدفاع عن المتهم، تعذر القول بأن دعواه تم عرضها بصورة ملائمة.

وكثيرا ما يبدو المتهمون الذين يتولون للدفاع عن أنفسهم، وكأنهم مدانون، فلا يكون حضور محامين عنهم غير ضمان للحرية المنظمة، وضرورة تقتضيها حقائق العدل، وواجبا لا ترفا، ويؤيد أن الدولة تعين أعضاء النيابة للدفاع عن مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة. والمتهمون يكفون محامين يدفعون أتعابهم، بالدفاع عنهم. وهؤلاء وهؤلاء لا تقوم بدورهم محاكمة منصفة في كافة الدول المتحضرة، ويقفون أمام القائلون متكافئين في الحقوق. وإلى جانبهم المحامون الذين تعينهم المحكمة للمعوزين من المتهمين^(٢)، ليعمل هذا الفريق المتعدد العناصر في إطار منظومة متكاملة غايتها أن تكون الحقيقة سري على الأكل في صورتها الراجحة منخلا للحكم الصادر في الجريمة، سواء بإثباتها أو نفيها.

وبغير المحامين فإن مخاطر الإخلال بالحرية الشخصية وبالحق في الحياة التي يتهدد بها المتهمون بجناية، تكون وخيمة عواقبها.

ويتعين بالتالي التمييز بين الجرائم البسيطة Petty offences التي لا يشترط وجود محام فيها، وبين الجرائم الخطيرة Non-petty offences التي يكون تقييد الحرية الشخصية فيها أو الحكم بغرامة كبيرة في شأنها، احتمالا راجحا بغض النظر عن نوع العقوبة أو المدة المقررة لها في قانون الجريمة^(٣).

ولئن صح القول بأن جرائم المرور تدخل في إطار الجرائم البسيطة، إلا أن الجرائم الخلقية جميعها كالسرقة وخيانة الأمانة، ومواقعة امرأة بالقوة، وخطفها، وجرائم الإخلال بالعرض بوجه عام، تعتبر جرائم خطيرة يتعين حضور محام فيها عن المتهمين بها.

(١) فلو قتل رجل امرأة، فإن المحامي قد يتمسك أمام المحكمة بأن قتلها كان تدفعا عاطفيا غلب المتهم على أمره.

(٢) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(٣) Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972)

بقرار الحكم الصادر في هذه القضية، أن الجرائم البسيطة التي لا تقيد فيها الحرية الشخصية أو التي تكون الغرامة المقررة لها نافلة، لا تستوجب حضور محام.

بل إن حضور محام في هذا النوع من الجرائم، يعتبر أكثر أهمية من محاكمتهم أمام هيئة محلفين^(١).

وللمعوزين كذلك الذين يرغبون في الطعن استئنافاً على الحكم الصادر ضدهم، حق في الحصول من الدولة - على نفقتها - على كافة أوراق الحكم المطعون فيه ومحاضر جلساته التي تعينهم على إعداد الطعن، ذلك أن مساواتهم بالقادرين لا يجوز أن تفلت بناء على الثروة التي يملكها كل فريق منهم^(٢).

كذلك فإن تكاليف التفرقين في الحقوق يقتضي أن يكون لكليها حق في الحصول على عون محام يعمل جاهداً على هدم الحكم المطعون فيه، ويسقط بالذات الحقبة التي قضى بها. فضلاً عن أن حضور المحامي، يعتبر حقاً في المرحلة الحرجة للوقعة بين القبض على المتهم وانتهامه فعلاً. وحق المتهمين في ذلك حق مطلق، وعلى الأخص أثناء استجوابهم من قبل الشرطة. بل إن حضور المحامين عنهم أو معهم، يعتبر إجراء فعالاً وملائماً لحمل رجال الشرطة على الانصياع في تصرفاتهم لحكم الدستور والقانون^(٣).

وعلى القائمين بالتحقيق أن يخطرأ الأشخاص الذين يشتبهون فيهم، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين إلى أن يحضر محام يمثلهم، وعلى الأخص خلال استجوابهم ليس فقط عن طريق الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة، وإنما كذلك من خلال غيرها من الوسائل التي تنتزع اعترافهم، والتي يعرفون أو ينبغي عليهم عقلاً أن يطموا بأنها على الأرجح تحملهم على الإدلاء بأقوال تكذبهم^(٤).

٧٠٠- ولئن كان للمشرع حق تحديد القواعد الإجرائية التي تفصل المحكمة على ضوئها في الاتهام؛ وأن يغير كذلك في صورها على ضوء الأوضاع التي تواجهها، والأشخاص الذين تنطبق عليهم، ووقعتها التي تنطبق بها؛ إلا أن شرط هذا التحديد أو التغيير، ألا يكون متنبهاً إلى تمييز غير مبرر بين المخاطبين بها، ولا إلى التفريق بينهم في ضماناتهم، وعلى الأخص تلك التي تنطبق بحقوق الدفاع.

ذلك أن كل قاعدة إجرائية ينظم بها المشرع الفصل في الاتهام الجنائي، ينبغي أن تؤمن لكل متهم، ما يتصل بها من الحقوق الموضوعية التي يتحرر بها من طغيان السلطة، أو إساءة استعمالها.

(١) Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

(٢) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956).

(٣) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

(٤) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).

وليس ثمة قاعدة أكثر ثباتاً وأعق جذوراً من ضرورة أن يكون الاتهام الجنائي معروفاً بالتهمة بصورة كافية، وأن يبين ألفتها، فلا يخفيها أحد عن المتهم المقصود بها، وأن يتوافر لكل منهم الفرص المعقولة التي يمرض من خلالها وجهة نظره في شأن الجريمة العالقة به.

وإذا كان من غير المقبول دستورياً، أن يذنب شخص عن جريمة لم يتم ارتكابها، فإن المبدأ الكامن وراء هذه القاعدة، يعمل بالقوة ذاتها في شأن كل اتهام بلا دفاع.

٧٠١- وصار حق الدفاع وثيق الصلة بالخصومة الجنائية من ناحية تجلية جوانبها. وتصحيح إجراءاتها ومتابعتها، وعرض الجريمة التي بسلطان الاتهام من جهة توافق الادعاء بارتكابها مع المنطق، أو توافر نمونها وفقاً للقانون. والدفاع بذلك يعمل دائماً على بيان وجه الحق في الجريمة المدعى بها؛ متعباً كل حجة تطرحها سلطة الاتهام لإثباتها؛ منقصباً ألفتها على ضوء جوازها قانوناً، وإمكان الاستدلال عقلاً بها؛ مفاضلاً بين بدائل متعددة يقرر على ضئولها خطوط الدفاع عن المتهم، مع دعمها بما يكون لازماً من الأوراق؛ متخذاً في ذلك طرائق مختلفة، تتحدد أولوياتها على ضوء أوضاع الخصومة الجنائية، ومراحل سيرها، ومفاجأتها؛ مهتلاً كل الفرص التي يدع من خلالها مركز المتهم وقويته، وعلى الأخص كلما كان الاتهام الجنائي متعدد العناصر ومتشابكاً، تتدخل فيه نقاط قانونية. بالغة التعقيد لا يحيط بها غير رجال القانون في أعق غيراتهم.

والدفاع في كل ذلك، لا يكون فعلاً بخير مهلة معقولة لإعداده؛ ولا منتجاً بغير إنباء للمتهم بالشهود والوثائق التي أعدتها سلطة الاتهام للتكليف على الجريمة وإثباتها؛ ولا مفيداً إذا لم يكن الحق في مناقشتهم، ثابتاً؛ ولا جدواً إذا لم يستطع الدفاع - من خلال وسائل إجرائية إلزامية - أن يؤمن لمصلحة المتهم الشهود الذين يتفون الجريمة، وينتقمهم وفق اختياره إما كان موقعهم من الجهة التي يحملون بها؛ ولا صلتها إذا حرم الدفاع من الاطلاع على كافة الأوراق التي تعضد بها النيابة موقفها من المتهم؛ ولا عدلاً إذا عزل المتهم عن الاتصال بمحاميه، سواء حرم من الاتصال به - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مرحلة الفصل في التهمة، أو قبلها، أو عند الطعن في الحكم الصادر فيها.

بل إن حق الدفاع يكون غالباً إذا تحصر في مرحلة الخصومة الجنائية، دون مراحل التحقيق التي تسبقها، والتي يكون المتهم أثناءها متخوفاً من بأس السلطة ويطشها، ومحاولتها التلكير في تماسكه، وكان بدأً أن ترجعها فيما تقبل، أو تعارض تصرفها المناقض للقانون، خاصة وأن أمر التحقيق لا يتعلق بجريمة قام الدليل عليها، وإنما بجريمة لازال الغموض يحيط بارتكابها ويظرونها وببواعثها. فلا يكون المائلون في التحقيق غير مشتبهن. بلاحقهم

القائمون بالتحقيق بأستلهم ويتحفظون عليهم بما يقيد حريتهم الشخصية. وقد يسمونهم عذبا لا قبل لهم به، أو يمرضونهم لضغوط لا يقرون على احتمالها فتتأخر إرادتهم.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن 'ضمانة الدفاع يقتضيها أن حضور محام عن المتهم، أو معه، كثيراً ما يكون ضرورياً كرادع لرجال السلطة العامة، إذا ما صدوا إلى مخالفة القانون، مطمئنين إلى غوة الرقابة عليهم أو غيبتها.

ومن ثم لا تقتصر القيمة العملية لضمانة الدفاع على مرحلة المحاكمة وحدها، وإنما تمتد مظلتها كذلك -رما يتصل بها من أوجه الحماية- إلى المرحلة السابقة عليها، والتي تؤثر إجراءاتها في المحصلة النهائية للفصومة الجنائية بعد تحريكها، وبوجه خاص كلما أقر قبل رفعها بما يدينه عن طريق الإغواء أو الخداع؛ أو تعرض لوسائل سريّة لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته، بعد التزاعه من محيطه؛ وتقيد حريته على وجه أو على آخر.

وهو ما حدا بالدستور إلى أن يخول بنص المادة ٧١ كل من قبض عليه أو اعتقل، حق الاتصال بغيره كي يبلغه بما وقع، أو للاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه في الحصول على المشورة القانونية التي يطلبها ممن يختاره من المحامين.

وهي مشورة لا غنى عنها لأنها توفر لمن يحصل عليها سلباً من الثقة والأطمئنان. فلا يفزع من جهة التحقيق، ولا من أية جهة أخرى غيرها يكون في قبضتها.

ذلك أن هذه المشورة هي يد محامية التي يقتنها إليه ليقلل الشبهة الإجرامية التي أحاطت به، وقبضت حريته الشخصية. ويقتضى دفعها، ألا يزل المتهم عن الاتصال بمحاميه بما يمس إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله. ذلك أن الحق في الحصول على معونة محام The right to the aid of counsel من الحقوق الجوهرية التي يناقض الإخلال بها شرط الوسائل القانونية المليمية، وعلى الأخص إذا أحق الخطر بحياة المتهم وكان جاهلاً أمياً صغير المن أحاط به جهود عدائي، وكان وجود أصدقائه وأفراد عائلته الذين عزل عنهم، ضرورياً.

فضلا عن أن للمتهم بجناية، غالباً ما يكون مضطرباً، قلقاً على مصيره، إذا أساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية الملائمة، بما يهدد حريته الشخصية بأكثر القيود عليها خطراً. وهو ما حرص نص المادة ٢/٦٨ من الدستور على توقيه بما قرره من أن يكون لكل متهم بجناية محام يدير دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه. فإذا لم يكن المحامي سمياً أو

مأجوراً - سائلاً مع المتهم، فإنه قد يدان بناء على قرائن غير متضاربة، أو على ضوء أدلة متناقضة، أو لا يجوز قبولها، أو لا شأن لها - على مضمونها - بالجريمة المدعى ارتكابها^(١).

وكما أصر المتهم على أن يكون محاميه مثلاً وقت استجوابه، فإن هذا الإجراء يصير موقوفاً حتى حضوره، ما لم يبادر المتهم طواعية إلى الرد على أسئلتهم قبل وصول محاميه^(٢). وكما زرع رجال الشرطة بعناية مخبرين في زنازين من يشتبهون فيهم توصلوا للحصول منهم على أقوال تكذبهم قبل محاكمتهم، اعتبر ذلك إخلالاً بشرط الوسائل للقانونية السليمة إذا حصل المخبرون على هذه الأقوال بالخداع، فإذا كانوا قد تحصلوا بطريقة عرضية على بعض ملاحظاتهم في شأن الجريمة Unsolicited Remarks، جاز الأخذ بها^(٣).

المطلب الأول

فعالية المعونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها

٧٠٢- وحق المتهم في الحصول على محام في الجرائم الخطيرة، ليس حقاً رمزياً دائراً في فراغ، ولا هو شكلية نطلبها وإنما جوهره تلك المعونة الفعالة التي يتوقعها المتهم من محاميه وفق مستوياتها التي تكفلها أصول مهنة المحاماة.

The right to counsel, is the right to the effective assistance of counsel.

ويعتبر إخلالاً بهذا الحق ليس فقط مجرد تدخل السلطة بوسائل مختلفة لمصادرة حق محامي المتهم في الاتصال بموكله، أو لحمله على أن يقدم دفاعاً غير ملائم. وإنما كذلك إذا أضر الدفاع بصورة خطيرة بمركز المتهم، سواء تحقق هذا الضرر أثناء التحقيق، أو في مرحلة المحاكمة ذاتها^(٤).

وليس كافياً لجحد فعالية دور محام، مجرد أن يكون قد أخطأ، وإنما يتعين أن يكون هذا الخطأ منافعاً الضوابط المعقولة التي تفرضها أصول هذه المهنة فيمن يتولونها

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جملة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

Powell v. Alabama 287 U.S. 45 (1932)

- انظر إلى

(٢) Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981), Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039 (1983).

(٣) United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980); Maine v. Moulton, 474 U.S. 159 (1985).

(٤) Geders v. United States, 425 U.S. 80 (1976).

Reasonableness under prevailing professional norms. ويفترض أصلاً قيام المحامي بمهامه هذه، ما لم ينقض هذا الافتراض بدليل^(١).

٧٠٣- ولا تتحقق فعالية المعونة التي يقدمها المحامي للمتهم، بمجرد حضوره. وليس لمحام كذلك أن يمثل متهمين تتعارض مصالحهم^(٢). ذلك أن هذا التعارض قد يمنع محامياً من الطعن لمصلحة أحد المتهمين بحم جواز قبول دليل معين، إذا كان قبول هذا الدليل مفيداً أو مجزياً لغيره من المتهمين. كذلك لا يتكافأ دور المتهمين في الجريمة. فإذا أراد محام أن يقلص دور أحدهم، كان عليه أن يلقي باللائمة على غيره بالنظر إلى دوره الأكبر فيها. ويظل واجباً على المحكمة -إذا أثار محام أمامها موضوع التعارض المحتمل بين مصالح المتهمين المائلين أمامها- أن تحققه بنفسها. فإذا تبين لها أن وجود هذا التعارض بعيد الاحتمال، نحتة جانباً، وإلا كان عليها أن تأذن لوالن تعين محامياً مستقلاً^(٣).

ولا ينال من فعالية المعونة التي يقدمها المحامي، خطأ في تحصيل واقعة الجريمة أو في بيان حكم القانون بشأنها، كلما كان هذا الخطأ غير جسيم Ordinary error. ولا يجوز كذلك نقض الحكم الصادر في الاتهام بناء على هذا الخطأ.

ويتعين دوماً تقييم فعالية المحامين في أداء واجبهم على ضوء سلوكهم. فإذا برهن المتهم على أن محاميه أتي خطأ جسيماً A serious error أثناء محاكمته بما يشير شكوكاً خطيرة حول إنصافها ومحصلتها النهائية، كان الحكم الصادر فيها معيباً^(٤). ولا كذلك خطأ محاميه إذا كان غير ذي أثر على أعضاء الحكم، وهو ما يتحقق إذا كان الحكم مجرد تطبيق صحيح لحكم القانون على ضوء أوراق الخصومة القضائية وأدلتها.

وتفترض معقولة أداء المحامي لواجباته، ما لم يرق دليل على عكسها^(٥). ويتحقق هذا الدليل إذا أُلزق الدافع إلى أخطاء جسيمة يكون من أثرها إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة^(٦) كان يطعن المحامي في الحكم الصادر ضد موكله بعد فوات موعد الطعن^(٧). ولا كذلك أن يكون محاميه قد أجد الدافع خلال فترة قصيرة، أو ألا يكون من الخبراء البارزين في

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٢) Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

(٣) Holloway v. Sullivan 446 U.S. 335 (1980).

(٤) Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

(٥) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984) at 689.

(٦) United States v. Cronin, 466 U.S. 648 (1984).

(٧) Evtits v. Lucy, 469 U.S. 387 (1985).

القانون الجنائي. وإنما يكفي أن يعد الدفاع -سواء كان محامياً معيناً أو مأجوراً- Appointed or retained على وجه ملائم، لتكون يده مرشدة لموكله Guiding Hand.

ويفترض ذلك إخطار المتهم بالتهمة وسماع لقوله في شأنها، بوصفهما جوهر النظم الاختصالية للمدالة الجنائية، ولأنهما معاً خطوتان ضرورتان لإصدار حكم في شأن الاتهام يكون قابلاً للتنفيذ. وتكملهما خطوة ثالثة تقتضي نظر الاتهام عن طريق محكمة لها ولاية الفصل فيه، ولها من ضماناتها ما يكفل استقلالها وحيثتها.

المطلب الثاني

وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه

٧٠٤- وسماع المتهم عن طريق محاميه يعني كل قيمة الحق في الدفاع. فالقواعد المتعلقة بالشهادة السماعية، وبالقصد الجنائي، تكاد تكون مطلقة على غير المحامين. وحتى المبتدئين منهم لأصل من أحاد الناس الذين لا يطلون إلى الحقائق القانونية، ولو أحاطوا بقدر غير قليل من الثقافة. فإذا مثل المتهم أحد من العوام، قصر فهمه عن أن يحيط بعناصر الخطأ في قرار الاتهام، وينزع الأدلة التي يجوز قبولها، ويوسائل مناقشتها ودفعها، حتى بافتراض صحتها، وانصالحها بالخصومة الجنائية وإنتاجها في إثباتها.

وبغير إرشاد محاميه، قد يدان المتهم لم يسهم بشئ في الجريمة^(١). وفي ذلك إهدار لشرط الوسائل القانونية السليمة بمعناها في الدستور. وهو شرط يناهض كذلك تعريض الأبرياء لمخاطر إدانتهم بصورة متزايدة إذا كانوا اقراء لا يملكون قوتهم، ولا يستطيعون بالتالي توكيل محام عنهم. بل إن حرمانهم من هذا الحق في الجرائم الخطيرة، يصدم حقائق العدل في مفهومها الشامل The Universal sense of justice. وصار هذا الحق سارياً في الدول الفيدرالية حتى دخل ولايتها.

وهذه الحقيقة الواضحة التي يتكفلها اقراء والاثرياء في مجال الحصول على محام يماولهم في مواجهة الاتهام، تقرر نفسها على كل محاكمة يعتبر لإصافاً منخلاً لصحتها. وصار هذا الحق بالتالي من الحقوق الجوهرية A fundamental right التي لا يجوز أن تجردها أية محكمة على المتهم بما يخل بحقه في الحياة، أو في الحرية أو في الملكية، مالم يكن هو قد نزل اختياراً عن هذا الحق بعد إدراكه لأبعاده من كلفة أوجهها.

The intelligent choice of the defendant.

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932) at 68-69.

ومثل هذا النزول لا يفترض، وإنما يتعين على المحكمة أن تقرر نفسها قبل أن تنظر للدعوى الجنائية أو توالي نظرها.

٧٠٥- وفتتاح الدساتير المصرية لهذا الخط العام، مردد أن التفريط في ضمانات الدفاع بقارنها بالضرورة ضياع العدالة ذاتها. ويفترض ذلك أن يكون المتهم قد قبل بمحاميه، سواء كان مأجوراً أو معيناً^(١).

ويتعين بالتالي أن توفر المحكمة لكل منهم الفرصة الكافية لاستخدام محام بأجر. فإذا كان مسعراً، كان على الدولة أن توفر محامياً من مواردها يولجّه الجناية التي اتهم بارتكابها.

وهو يقلل محاميهما ما لم يعترض على تمثيله له بناء على أسباب مقعدة. بل إن حق المتهم في اختيار محام في الدول الفيدرالية، يخوله أن يطلب عون محاميه أمام المحكمة الفيدرالية التي تقاضيه، ولو لم يكن متقيداً في جدول المحامين بالولاية التي تتخذها هذه المحكمة مقرأ لها.

المطلب الثالث

نطاق تطبيق ضمانات الدفاع

٧٠٦- وتكفل دساتير الدول المختلفة ضمانات الدفاع لكل منهم في الجرائم الخطيرة. ذلك أن هذه الضمانات هي التي توفر لكل منهم الدفاع الملائم، وعلى الأخص إذا كان الاتهام مقدماً متداخلاً للعناصر، وكان تحيز المحكمة ضد المتهم، ظاهراً^(٢).

ومن ذلك ما ينص عليه التعديل السادس للدستور الأمريكي [١٧٩١] من وجوب أن يحاط المتهم بطبيعة التهمة وسببها *The nature and cause of the accusation*؛ وأن يواجه الشهود الذين يشهدون ضده، وأن يأتي بشهود لمصلحته من خلال وسائل جبرية، وأن يحصل على عون محام.

وتنص المادة ١/١٠٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية [٢٧ مايو ١٩٤٩] على أن لكل فرد حقاً في الاستماع إليه أمام المحاكم، وفقاً لإجراءاتها القانونية. وتنص المادة ٢٤ من دستور الجمهورية الإيطالية [١٩٤٧/١٢/٢٧] على أن "حق اللجوء إلى القضاء مخول للناس جميعهم، وذلك من أجل الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ولا يجوز الإخلال بحق الدفاع في أية مرحلة إجرائية من مراحل التقاضي. وتقرر نظم خاصة القواعد

(١) *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 at 832-833 (1976).

(٢) *Towsend v. Burke*, 334 U.S. 736 (1948); *Plamer v Ashe*, 342 U.S. 134 1951.

التي تكفل لكل المعوزين وسائل اللجوء إلى المحاكم جميعها، والدفاع عن حقوقهم أمامها. وينظم القانون شروط وأوضاع مساءلة السلطة القضائية عن أخطائها^(١).

وعملاً بنص المادة ٧/٤٨ من دستور روسيا الفيدرالية^(٢)، يكون لكل شخص قبض أو تم التخليص عليه، أو اتهم بجريمة، حق في الحصول على مشورة محام، وذلك اعتباراً من لحظة القبض أو التخليص أو توجيه الاتهام.

وتفترض المادة ٤٩ من هذا الدستور براءة كل شخص اتهم بجريمة، ما لم يكن قد أدان بسببها بعد التخليص عليها وفقاً للقانون؛ وبمراعاة أن براءة المتهم من الاتهام الجنائي، لا يجوز إثباتها بغير حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي.

وفي مصر، نظم الدستور حق الدفاع، كضمانة أولية غائبة صون الحرية الشخصية وتأمين الحقوق والحريات جميعها، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور، أو التي كفلها المشرع.

وجاء نص المادة ١/٦٩ من هذا الدستور قاطعاً بأن حق الدفاع أصالة، أو بالوكالة، مكفولان. ثم أعقب ضمانة لهذين الحقيقتين بخطوة أبعد توخى بها -وعلى ما جاء بالمادة ٢/٦٩- أن تكفل الدولة لغير القادرين مالياً، وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم، حتى يؤمن لهؤلاء طرق اقتضاء الحقوق التي يطلبونها، والانتفاع بحرياتهم التي يسعون لضمانها.

وتنظر المادة ٦٧ من ذلك الدستور، إلى ضمانة الدفاع كإطار للفصل في كل اتهام جنائي. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها:

<>إن الحرية في أبعادها الكاملة، لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويهها لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها. ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل منهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام، توازئها وتردها إلى حدود منطقها. بل يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية وملكية ويوجهها، من بينها -بل وفي مقدمتها- حق الدفاع بما يشتمل عليه من الحق في الحصول على مشورة محام؛ ولحق فيحض الأدلة التي تقدمها النيابة العامة إثباتاً

(١) ووفق عليه في الاستفتاء في ١٢/١٢/١٩٩٢ ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٥/١٢/١٩٩٣.

للجريمة التي نصبتها إليه، بما في ذلك موجهته لشهودها، واستدعاؤه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه La protection contre L'auto-incrimination >> (١).

المطلب الرابع

الأهمية الجوهرية لحق الدفاع

٧٠٧- وصار حق الدفاع متخلاً لحماية حقوق المولدين وحريةهم من استبداد السلطة وعسفها؛ وثيق الصلة بالوسائل القانونية السالبة؛ واقعاً في إطار الحماية القانونية المتكافئة التي لا تزيد بها فرص سلطة الاتهام على حقوق متهمها؛ قرين حق الأفراد جميعهم في اللجوء إلى القضاء؛ كضماناً لكل عدول على حقوقهم وحريةهم؛ ملبوراً الدور الاجتماعي للسلطة القضائية بوصفها الحارس الأميل على الحرية والحقوق على اختلافها؛ ناقلاً قيم الخضوع للقانون من مجالاتها النظرية إلى تطبيقاتها العملية؛ مشمولاً بالحرية المنظمة في جوهرها وتطبيقاتها؛ كامناً في النفس وغائراً في أعماقها؛ بعيداً عن أن يكون ترفاً أو لهواً؛ متصلاً بالحقائق الموضوعية دون إغراق في أدهانها الشكلية؛ موافقاً معنى العدالة، ملبياً متطلباتها.

ومن ثم لم يجز الدستور أن يتكفل المشرع في شأن ضمانات الدفاع بما يرقها، أو يسقطها، أو يقوض الأغراض المقصودة منها. ذلك أن الحقوق جميعها لا تقوم لها قائمة بدونها، بل إن حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، يغدو مراباً بغير ضمانات الدفاع التي تجلي الحقوق وتقويها، وتتقوى من شواقيها، بما يؤهل لوقوفها سوية على أقدامها، فلا تضل طريقها بالختال أو الإهمال، وإنما يكون لكل فرد أن يحرض بصفته الشخصية، وجهة نظره في شأن الحقوق التي يدعيها، أو الحرية التي يطلبها، وأن يؤمنها كذلك بمحام من اختياره يطمئن إليه لثقته فيه.

وما حق الأفراد في رفع ظلاماتهم إلى السلطة العامة تشكياً من جور أصابعهم، إلا صورة من صور حق الدفاع، يمازسونها بأنفسهم، ويعبرون من خلالها عن رأيهم في بعض المسائل التي تعنيهم (٢).

٧٠٨- وتبلغ ضمانات الدفاع في مصر، أرقى درجاتها من خلال أمرين:

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ١٣ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

أولهما: أن ضمانات الدفاع تتصل بالحقوق جميعها، وبالحریات بشماها، بغض النظر عن طبيعة الخصومة القضائية التي تصيها.

ثانيهما: أن القرار الذي يصدر عن جهة أولها المشرع لاختصاص الفصل في مسائل عينها لها، لا يعتبر قراراً قضائياً، إذا كانت ضمانات الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية، وتبين حدودها. ذلك أن هذه الضمانة هي التي ترجع للخصومة القضائية كفتها في اتجاه دون آخر. وهي تقدم لهذه الخصومة دعامتها من العناصر الواقعية والقانونية التي ترزها الهيئة القضائية بالقبض، فلا تكون علاقة المحامين بتلك الخصومة واقعة في إطار النمطية العقيمة التي لا إبداع فيها. بل هي جهد صادق يبذل من قِبلهم لإعانتها على أمرها بما يعزز نهوضها بالرسالة التي تقوم بها، وبما يوفر لموكليهم أموالاً لا وجه لتبديدها، وطاقة لا يجوز أن تهدر، ووقتاً لا يستباح في الضياع.

٧٠٩- ولازم ما تقدم، أن حق الدفاع في جوهره لا ينفصل عن الحقوق التي يطلبها الأفراد ويسعون لتأمينها من صور العنوان عليها.

فإذا أغلق المشرع أبوابه في وجه فريق من الناس دون آخر، كان ذلك إهداراً لهذه الحقوق.

المطلب الخامس

الأكثر المتربة على تعويق حق الدفاع

٧١٠- وإذا كان الدستور -ومن خلال النصوص القانونية التي كلال بها ضمانات الدفاع- يفترض ألا يقوم المحامون بعمل من جانبهم يخل بالمعاونة الفعالة التي ينبغي عليهم أن يقدموها لموكليهم، فإن التكتل تشريعياً لمنعهم من تقديم هذه المعاونة، أو للحد من فرصها، يكون من باب أولى مخطوفاً. ذلك أن المحامين شركاء للسلطة القضائية في سعيها للوصول إلى الحقيقة، والنماس كافة الوسائل التي تعينها على تحريها. ويفترض ذلك أن يدبر المحامون الدفاع عن موكلهم وفق أصول مهنتهم وعلى ضوء متطلباتها، وبما لا يخل بضوابطها التي لا يجوز الإحداار بها إلى ما دون مسؤولياتها الموضوعية.

وبغير معاونتهم هذه^(١) -ويشترط فعاليتها- فإن مسار الخصومة الجنائية لن يكون معبراً عن الحقيقة، حتى في صورتها للرجحة، بل مشككا في نتيجتها بما يزعزع الثقة في محصلتها النهائية. وهو ما يعتبر هدما للعدالة ذاتها بإفكار موجهاتها، وخروجاً بالمحاكمة الجنائية عن

(١) Mc Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

إطارها. ذلك أن مدار الخصومة وغايتها النهائية، لا يزيد على مجرد بسط عناصر النزاع وعرض أدلتها، لتتزل المحكمة عليها حكم القائلون على ضوء تقييمها لما يدور في جملتها. وضمانة الدفاع هي المدخل إليها. وغايتها عن الخصومة القضائية مؤداة طمس بعض والعائتها أو تحريفها أو تشويهها^(١).

ويتعين أن يكون مفهوماً أن دفاع المحامين عن مصالح موكلهم في اتهام جنائي، لا يقتصر على متابعة الاتهام بعين نقطة في مرحلته المختلفة وحلقته المفاجئة، وإنما هو كذلك حق المحامين في مراجعة ختامية A closing argument يركزون فيها على الانقاط الأساسية للاتهام ويواجهون بها جوانبها المختلفة A summation.

المطلب السادس

حقوق المحامين في مواجهة موكلهم

٧١١- ويظل لازماً بيان الحدود التي يلتزم المحامون بمراعاتها في الدفاع عن مصالح موكلهم. ذلك أن لكل مهنة ضوابطها. والمحاماة في أصلها تقوم على الإذعان. ويفترض ذلك ضمان حق المحامين في الخلق والابتكار. فلا يلتزمون بخير خياراتهم التي يرونها أفضل للدفاع عن حقوق موكلهم. وخياراتهم هذه تفرضها أصول مهنتهم وضوابطها التي تقتضى منهم بذل العناية الواجبة التي يتوقعها الشخص المعتاد في إطار من القيم الواقعية -لا المثالية- التي تفرضها المهنة على القائمين بها.

٧١٢- ويتعين بالتالي أن يكون لموكلهم الحق في تمثيل ملائم يرضى مصالحهم، ويرد العنوان عنها. فلا يكون الدفاع عنها قاصراً عن أن يحيط بالخصومة التي تتناولها التوكيل من كل جوانبها، ولا مقصراً في إيلائها العناية الواجبة التي يملها التبرر.

فإذا انزلق المحامون في دفاعهم إلى أخطاء كان ينبغي عليهم تداركها وتوقفها، فإن الخصومة التي وكلا فيها تتحرف عن وجهتها المنطقية، بما يجعل ضمانة الدفاع دون مستوايتها الواجبة قانونياً.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٥ - ص ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

انظر أيضاً:

Gidbon v Wainwright. 372 U.S. 335 (1963).

ذلك أن هذه الضمانة من الحقوق التي كفلها الدستور، وهي حقوق ليس لها قيمة في ذاتها، ولا يتصور أن تعمل في فراغ. وإنما ترتبط قيمتها بأشكال الحماية التي تقارنها لرد كل عدوان على الإخلال بها؛ وكذلك بدور الحقوق التي تحميها في بناء النظم القانونية، وتوثيق الحرية المنظمة^(١). ويظل واجباً على المحكمة ليس فقط الامتناع عن كل عمل يضيّق عن فرص الدفاع أو يرهقها أو يخلق جواً غير ملائم لها، بل عليها أن تتحقق بنفسها مما إذا كانت الظروف التي يعمل المحامي في إطارها تنهياً بها فعالية الدفاع عن المتهم^(٢).

المطلب السابع

حق الدفاع قائم في المرحلة الحرجة السابقة على الدعوى الجنائية

٧١٣- وإذا كان الحق في الحصول على مشورة محام، قائماً في الخصومة الجنائية على امتداد مراحلها؛ فإن هذا الحق يقوم كذلك في المراحل الحرجة التي تسبق تحريكها، حين يكون المشتبّه فيهم في حاجة إلى حماية بمحاميه.

وهو ما يتحقق في صور كثيرة يندرج تحتها، خلط المشبوهين ببعض الأبرياء عن طريق صفهم جميعاً في طابور عرض Arraignment حتى يتعرف من شهدوا الجريمة، بأعينهم على الجناة من بينهم.

وكذلك حين توجه إليهم سلطة التحقيق أسئلتها التي تخصهم على الإقرار بذنبهم؛ أو إذا كان يتعين عليهم إيداع دفع أو دفاع في المرحلة السابقة على محاكمتهم حتى لا يسقط الحق فيه.

بما مؤداه ضرورة تحقيق ضمانات الدفاع وكفالتها حتى قبل توجيه الاتهام، إذا لم يكن التحقيق مجرد تحر عام في جريمة لم يتم حلها بعد؛ وإنما بدأ في مواجهة شخص بوصفه مشتبّها فيه، يساق إلى مخفر الشرطة أو لجهة التحقيق التي تتحفظ عليه لديها، وتوجه إليه أسئلة تنتزع إقراره بالجريمة، دون أن تنبئه إلى أن من حقه أن يظل صامتا، وأن يحصل على مشورة محام سمعياً كان أم مأجوراً- وأن يحتصم بهذا الحق، ولو كان قد أجاب على بعض أسئلتها قبل حضوره، وأن يمتنع عن الرد على أسئلتها حتى بعد وجوده.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - للقاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٤ وما بعدها من الجزء السادس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Holloway v. Arkansas. 435 U.S. 475 (1978).

وعلى جهة التحقيق كذلك - وقد صار هذا الشخص مقيدة حريته لديها على وجه أو آخر- أن تخطره بأن كل واقعة يقر بها، قد تؤخذ دليلاً ضده.

ولا يجوز بالتالى حمل شخص على الإقرار بشيء يتعلق بالجريمة، سواء كان هذا الإقرار سلبياً نافياً ترديه فيها Exculpatory statement أم كان إيجابياً يثبتها عليه Inculpatory statements. وفى هذا الإطار يحظر على جهة التحقيق أن تستجوبه إذا رفض ذلك، أو علق استجوابه على حضور محاميه. ومجرد إجابتها عن بعض الأسئلة، لا يلزمه بالرد على باقيها، ما لم يقبل باختياره الحر، للنزول عن هذه الحقوق جميعها.

وبوجه عام، فإن ضمانات الدفاع بتعين إصالتها فى أية مرحلة سابقة على المحاكمة، كلما أضر إغفالها بمصلحة المتهم بصورة خطيرة لا تكون بها محاكمته اللاحقة، كافة لحقائق العدل، جوهر متطلباتها^(١).

المطلب الثامن

البقطة الواجبة من المحامين فى الدفاع عن مصالح موكلهم

٧١٤- ولا يعنى الحق فى الحصول على مشورة محام، مجرد أن يمثل شخص عن المتهم فى اللحظة الأخيرة لمحاكمته. بل يتعين أن يكون محاميه -سواء كان أم مأجوراً- مائلاً وفاعلاً فى جوهر مراعاتها، متتبعا إجراءاتها، متصلاً بأوراقها، متفاعلاً بالطرق الأفضل التى يد من خلالها أوجه دفاعه، بما فى ذلك مواجهة الشهود وتوجيههم؛ والاعتراض على وجود بعض المحلفين، وأن يعرض عليهم أو على المحكمة ما يراه ضرورياً من المسائل الواقعية والقانونية التى يعرضها عليهم، حتى يؤثر فى عقيدتهم.

ومجرد حضور محام مع المتهم فى المحكمة الابتدائية، لا يخلو المحكمة الاستئنافية أن تكتفى بما أبداه من دفاع فى المرحلة السابقة. ولا أن تنظر إلى الأوراق التى لديها باعتبارها كافية لتكوين عقيدتها.

ذلك أن حضور محام أمامها ليس مجرد رخصة، بل هو حق متكامل الأركان يقوم قبل محاكمة المتهم، ولثباتها، وحتى نهايتها، وكذلك عند إعداد الطعن فى الحكم الصادر فيها، وأن يتم ذلك كله فى إطار من الفرص الحقيقية التى يتمكن بها الدفاع من أداء واجبه.

٧١٥- ومما يخل بضمانة الدفاع:

(١) Groover v. California, 357 U.S. 433 (1958); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

١. أن تهدر الجهة الإدارية بتقصتها على المتهم ولو بطرق ملتوية- سرية لأحاديثه مع محاميه.

٢. أن يصادر للقضاء بطريقة ظاهرها التحكم، كل محاولة من الدفاع لدعم مركز المتهم، سواء من خلال عرقلة أو تطويق هذا الدفاع أو للتضييق من فرصه.

٣. إنكار حق المتهمين وحق محاميتهم كذلك في النفاذ قبل محاكمتهم إلى كل معلومة أو ولعة يرونها ضرورية لإعداد دفاعهم، وبمراعاة أن هذا الحق لا يخلط بحقهم في مواجهة الشهود أثناء محاكمتهم. ذلك أن هذا الحق الأخير، لا يتعلق بخير المحاكمة في ذاتها A trial right ولا يتوخى غير ضمان حرية المتهم، في أن يوجه لشهود النيابة-دون ثمة قيود- الأسئلة التي يتغيا بها بيان أوجه التعارض في أجزاء شهادتهم، وما بها من تحامل أو تلفيق، وما يحيطها من وجه آخر من شبهة تفقدها مصداقيتها.

إذا حضر محام محاكمة المتهم، وكان مخصوراً -ولو في بعض مراحلها- أو تعرض لضغوط من الجهة الإدارية كتهديده بترحيل زوجته وإبعادها.

ذلك أن الدفاع لا يكون فعّالاً، إلا إذا كان يقظاً متقبلاً لمراحل الخصومة الجنائية بعين مفتوحة، متنبهاً لكل حجة وتأثير بها مركز المتهم حتى يدفعها بكل اللوسائل التي يملكها وفقاً للقانون؛ مفاضلاً في ذلك بين بدائل متعددة على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تواجهها هذه الخصومة. فلا يختار من طرائق الدفاع غير أنسبها لمصلحة للمتهم. ولا يجوز في أية حال أن يقال بتوافر ضمانات الدفاع لمجرد أن المتهم هو الذي اختار محاميه.

٤. وإذا كان للمحكمة حق تقييد حرية الأشخاص الذين يحضرون جلساتها ويخلون بنظامها ويرتكبون بالتالي جريمة احتجازها؛ إلا أن من الفقهاء من يقرر بأن إخراجهم من قاعتها قد يكون إجراء كافياً، وأن حبسهم بقرار يصدر عنها، ويقبل التنفيذ فوراً، لا يجوز أن يتم بغير حضور محام عنهم^(١).

المطلب التاسع

الصلة بين حق الدفاع وضمانة الحق في التقاضي

٧١٦- ومن المقرر كذلك أن الخصومة القضائية لن تكتمل حلقاتها ما لم يوفر لها المشرع -في نهاية مطالبها- حلاً منصفاً يمثل الترضية القضائية التي يبتغيها من يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها. بيد أن الحصول على هذه الترضية، لا يتحقق عملاً

(١) Antieau, Modern Constitutional law, volume I, P. 322.

بغير ضمانة الدفاع التي يعرض الخصوم في نطقها لأنهم الواقعية والقانونية التي لا يتمايزون في مجال بسيطها عن بعضهم البعض.

ولا يتصور بالتالي أن تفصل ضمانة الدفاع عن حق التقاضي. إذ هما متكاملتان، ويمثلان معا في إطار الترضية القضائية التي تبلور حقوقا يريد الدفاع اجتنابا من خلال الاغراض النهائية للخصومة القضائية. ولم تعد بطلان الضمانة الدفاع لية قيمة بعداً عن حق اللجوء إلى القضاء، وإلا كان التركيز عليها وطلبها عزيمة وإصراراً، ولتقاً وراء جدران مظنة. وتظل هذه الضمانة قائمة بكافة متطلباتها، ولو لم ينص الدستور عليها. ويعتبر كل عمل تشريعي على خلافها، من لغو القول، مؤدياً إلى التسلط والتعطل.

ذلك أن ضمانة الدفاع أكثر اتصالاً بفرض إنفاذ الحقوق التي يطلبها أصحابها. وهي تطو بمبدأ سيادة القانون، ولا يقتصر مضمونها على مجرد تقرير حق الشخص في اختيار محاميه؛ ولكنها تؤكد كذلك الملاح الشخصية لحق الدفاع التي كفلها الدستور من خلال تقريره حق كل شخص في الدفاع أصالة عن الحقوق التي يدعيها. بل إن حرمان الشخص من أن يكون أصيلاً في مباشرة حقوق الدفاع، بصانم -على حد تعبير المحكمة الدستورية العليا- النبض الجماعي لحقائق العدل^(١).

المطلب العاشر

استتاع لزول المتهم بجناية عن حق الدفاع

٧١٧- ويظل لكل متهم بجناية، وعملاً بنص المادة ٦٩ من الدستور أن يحصل على مشورة محام يعاونه على فهمها، ولو أسقط هو هذا الحق.

ذلك أن ضمانة الدفاع وفقاً لحكم هذه المادة لا تحظر من قبل الحقوق لشخصية التي يجوز الزول عنها. ولكنها تبلور أحد عناصر المحاكمة المنصفة التي تقتضيها المادة ٦٧ من الدستور بوصفها جزءاً من منظومتها المتكاملة التي تظل ركائزها بغير حقوق للدفاع.

كذلك فإن مفاهيم الجزء -رأياً كانت طبيعته- تقارنها بالضرورة ضمانة الدفاع، وإلا بطل الجزء بكل أسطره حال غيبتها، خاصة وأن علاقة الولاء التي تربط المحامي بموكله تقتضي أن يخطر بكل قرار هام سيتخذه، وبالمرحلة المختلفة التي آل إليها تطور الاتهام، وبما ينبغي علي موكله أن يقول أو يفعل أثناء محاكمته. كذلك فإن واجباته المهنية تلزمه بأن

(١) القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٨ - ص ٣١٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يدير دفاعه علي ضوء من الاقتدار والخبرة، وفق المقاييس المنطقية لاصول المهنة ومتطلباتها في خصومة جنائية بجديها هي التي يمثل المتهم فيها. ولا يكون المحامي بالتالي مسئولاً فيما يجاوز حدود هذه الدائرة حتي يحتفظ بحرية اختيار البديل واتخاذ القرار النهائي في شأن الكيفية التي يدير بها الدفاع اليقظ عن موكله^(١).

٧١٨- ويظهر مما تقدم، أن الحق في الحصول على مشورة محاميا، يدخل في جذور كل محاكمة منصفة. وهو شرط في لتنظيم إجراءاتها، وضمان لتقديم نوعية من العدالة تكفل هذا الحق لكل متهم في كل مرحلة تؤثر في القرار النهائي المحدد لمصيره.

المطلب الحادي عشر

لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة

٧١٩- واختيار المتهم لمحام يتق في، هو الوجه المقابل لتعيين المحكمة محام من قبلها للفقراء من المتهمين، حتى تدار العدالة الجنائية على وجه يكفل تكافؤ الحقوق بين أطرافها.

فلا يكون الجاهلون، أو المعوزون، أقل في حظهم منها من الآخرين. ذلك أن وجود محام يعاونهم، يقيم لهم لحة التي يواجهون بها الاتهام، ويساويهم بالادبانية العامة، وبالمتهمين المتقنين، وبالموسرين وبالطنين؛ بالذين يفهمون القواعد الإجرائية ويديرونها في مصلحتهم، وبالذين يجهلون كل شيء فيها، وعلى الأخص ما يتعلق بالأدلة التي لا يجوز قبولها، أو التي لا تعلق لها بالاتهام. وإنما هي العدالة الكاملة محددا إطارها على ضوء متطلباتها التي تكفل إنصافها. ومن ثم كان إنكار حق المتهم في الحصول على مشورة محام، كافيا بذاته Per se لإبطال محاكمته لخروجها على الوسائل الإجرائية القانونية السليمة. وصح القول بالتالي بأن التمييز بين الجناية والجحة في مجال الحصول على هذه المشورة، ليس إلا لغوا. ذلك أن العقوبة في هاتين الجريمتين، تقيد من الحرية الشخصية في كثير من تطبيقاتها.

وكما اتهم شخص بجريمة خطيرة، وكان معوزا، فإن تعيين محام يعاونه، لا يكون خياراً للمحكمة، ولو بان من أوراق التحقيق سناد الأدلة ضد المتهم وتضايفها في إثباتها للتهمة، وأن تعيين محام لن يغير شيئا يتعلق بالجريمة من جهة رجحان إثباتها. ذلك أن إنكار هذا الحق، ولو في المرحلة الاستئنافية للاتهام، يقيم تمييزا ملتويا بين القادرين وغير القادرين. وشور حرمات المتهم من هذا الحق بعيدة في مداها، ولا مبرر لها، وهي كذلك تطبيق لحق

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1985).

المتهم في الطعن، على الثروة وإرهاق العدالة ذاتها من خلال جرد متطلباتها، وتقرير لخطوط حلجة بين المدعين والموسرين بالمخالفة لل دستور^(١).

المطلب الثاني عشر

لا يجوز النيابة أن تخفى عن المتهم واقعة تفيد في دحض التهمة

٧٢٠- ولأن الدفاع عن المتهم، لا يجوز أن يقصر عن أن يحيط بالتهمة من كل جوانبها، وكان لمحامي المتهم أن يعد دعواه وفق ما يراه من الطرق الأفضل في تقديره لخدمتها، وكان ذلك موافقاً ألا يفاجأ بالواقعة أخفها النيابة، ولم يخطر بها قبل المحاكمة، فإن كشفها يكون واجباً عليها، كلما توافر شرطان فيها: أولهما: أن يفيد المتهم منها *Favorable to the accused*. ثانيهما: أن يكون لها صلة بأدلة الجريمة، سواء من جهة إثباتها أو فرض عقوبتها^(٢). *Material to guilt or punishment*.

وتقوم هذه الصلة كلما توافر مسوغ مقبول للقول بأن الحكم في الاتهام كان ليتغير وجهه، لو لم تصد النيابة إلى كتمان الواقعة التي يفيد المتهم منها، والتي تصل علمها بها^(٣). ذلك أن إخفاءها، يجهل بها. ومفاجأة الدفاع بوجودها قد يعجزه عن إجهاضها، فلا يكون جزاء حجبتها عن الدفاع غير استمادها حتى لا يحول المحلفون عليها، وكذا لا تدخلها المحكمة في اعتبارها، وإلا كان أخذها بها مقتضياً محاكمة جديدة^(٤).

كذلك فإن سلطة الاتهام وإن كان عليها أن تقدم إلى المتهمين كل مطومة أو واقعة لديها يفيدون منها، وترتبط بالجريمة التي اتهموا بها من جهة إثباتها أو عقوبتها، إلا أن واجبها إذا لا يقوم في بعض الجرائم التي لها من خصوصياتها ما يقتضي قصر الحق في الاطلاع على ملفاتها على المحكمة وحدها، وفي غرفة مظلة *In Camera review*.

(١) *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).

ولسي هذه القضية كانت المحكمة المنفوض حكمها قد مصت الأوراق وقررت ألا تلتزم من تسين المحامي.

No good whatever could be served by appointment of counsel.

(٢) *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

(٣) *United States v. Ragly*, 473 U.S. 667 (1985).

(٤) *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970).

وبالمثل يلتزم الدفاع بأن يطلع للنيابة قبل المحاكمة على أسماء شهوده، فإذا كانت له حجة غياب *Alibi*، فإن عليه أن يطلعها كذلك على اسم وعنوان الشخص الذي وجد المتهم معه في غير مكان الجريمة. ولا يستلزم ذلك إخلاصاً بحق المتهم في ألا يدن نفسه بنفسه. ومن ثم يقوم على وجه التقابل، التزام كل من النيابة والدفاع بإطلاع الآخر قبل المحاكمة على ما لديه من أدلة.

فإذا كان محامي المتهم يعلم بواقعة بذاتها حوتها ملفاتها هذه، جاز أن يلتصمها مباشرة من المحكمة، وأن يناقش صلتها بالجريمة التي اتهم موكله بها.

وأكثر ما يتحقق ذلك في جرائم عدوان الآباء علي أعراض أطفالهم وبناتهم بما يسبب أسوأ صور استغلالهم. وهي بعد جرائم لا يشهد بها غير ضحاياها في الأعم من الأحوال بما يجعل تعقبها وإثباتها متعذراً. وما لم يتوافر قدر من السرية للشهادة التي يدلي الأطفال بها أو للشهادة التي يقدمها جيرانهم في شأن هذه الجرائم، فإنهم قد يعزفون عن الإبلاغ عنها، أو التكليل عليها. وكان ضروريا بالتالي أن يطمئن هؤلاء وهؤلاء إلى أن شهادتهم لن تداع علي نطاق عام بما يحذر من مخاوفهم في الإدلاء بها^(١).

^(١) Pennsylvania v. Ritchie, 480 U.S. 39 (1987).

المبحث الثانيالحق في الكفالة في المواد الجنائيةLe droit au cautionnementالمطلب الأولمضمون هذه الكفالة وعناؤها

٧٢١- يقصد بالكفالة في المواد الجزائية، قدر من المال تحده المحكمة، ويؤديه المتهم إليها لضمان أن يملأ أمامها عند محاكمته عن الجريمة اتهم بها، وحتى يتفرغ لإعداد دفاعه بعد إطلاق سراحه وتحريره من الاحتجاز. فإذا لم يظهر أمام المحكمة بعد أن تدعوه للمثول أمامها، تعين عقابه ومصادرة الكفالة. ويعتبر الحق من الكفالة من الحقوق التقليدية التي يكفلها الدستور لكل متهم. وهي ترتد في أصلها إلى وثيقة إعلان الحقوق للبريطانية. ولا يفترض أن يكون الحق فيها قائما في كل الأحوال ومن ثم تكفي الدساتير بالنص على عدم جواز المغالاة فيها^(١).

والفرض في الكفالة أن يؤديه المتهم بعد القبض عليه وقبل الفصل في الاتهام. والأصل فيها هو معقوليتها حتى لا تكون مخالفة للدستور. وهو ما تردده الدساتير المختلفة التي تكفل صون الحرية الشخصية للناس جميعهم، بما فيهم المتهمين. فلا تقيد حريتهم من خلال حبسهم احتياطيا، إذا عجزوا عن أداء كفالاتهم التي حددتها المحكمة مقابل الإفراج عنهم إلى حين الفصل في التهمة الموجهة إليهم.

وليس من العدل في شيء أن يظلوا مودعين في أماكن التحفظ عليهم إلى أن يتم الفصل في هذه التهمة بحكم باتا. ومن حقهم أن يقدموا كفالاتهم حتى بعد إدانتهم وقبل الفصل في طعونهم. ذلك أن احتجازهم على هذا النحو، يعطل فرصهم في الاتصال بمحاميتهم من أجل تحصن الاتهام الجنائي، وعلى الأخص من خلال الوثائق التي يقدمونها لنفيه. ولا يستطيعون كذلك أثناء التحفظ عليهم، الإنفاق على أسرهم وإعالتها.

وكفالاتهم المغالية فيها، لازمها أن يظلوا محبوسين احتياطيا عن جريمة لا زال أمر الاتهام فيها معلقا ولم يفصل فيها بعد بحكم بات؛ حتى إذا برأتهم المحكمة منها، تحملوا قنرا من العقوبة لا يستحقونها.

(١) Carkson v. Landon, 342 U.S. 524 (1952).

وهو ما يناقض الأصل في البراءة وفي الحرية. وهما قاعدتان تمنعان إيقاع عقوبة قبل أن يبدن المتهم أفعالاً عن الجريمة، وتؤكدان بأن تتوافر لكل متهم الفرص الكافية لإعداد دفاع غير معاق. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة -عند قيام موجهها- فلن افتراض البراءة وما تحقق على طريق الاتصال من أجل إرساء أصله، يغزو عقماً وجهداً ضائعاً^(١).

ويزيد الأمر سوءاً أن بعض الدول ترفض في الجرائم الخطيرة -كذلك التي تكون عقوبتها الإعدام- تقديم المتهمين لكفالة بفرج عنهم بعد دليها، وتستبقهم في سجونها إلى أن يتم البت في الجريمة. كذلك يعجز الفقراء من المتهمين عن أداء كفالتهم، بما يسلط حريتهم عملاً. وهو ما يعنى التمييز بينهم وبين الموسرين في شأن خطر يتطرق بالحرية الشخصية. إذ بينما يحجبها هذا التمييز عن الفريق الأول، فلن الآخرين ينفسونها ولو عظم مبلغها.

وليس في الدستور نص يجوز تقييد حرية شخص بناء على فقره وضالة موارده، وإلا صار أمر الحرية للشخصية وفقاً على الأجزاء مكافئة وقدرأ.

ويشعر بالتالي أن يكون لكل متهم حق في إطلاق سراحه -لا بناء على ثروته- وإنما كلما توافر الاعتقاد المنطقي -وعلى ضوء كافة العوامل ذات الصلة- بأن المتهم لن يكون عاصياً لأوامر المحكمة حين تدعوه للمثول أمامها. فإذا خيف من هروبه، أو من خطره على المجتمع إذا ما أطلق سراحه، فلن حسمه احتياطياً لا يكون مخالفاً للدستور^(٢).

المطلب الثاني

بطان المغالة فيها

٧٢٢- وتعتبر الكفالة مغالية فيها، Excessive Bail إذا كان مبلغها يزيد عما يكون لازماً عقلاً لضمان مثول المتهم أمام المحكمة، وتنفيذ حكمها إذا وجبته مثلاً^(٣). ولا يجوز بالتالي أن يكون الغرض من الكفالة التي حددتها المحكمة ضمان أن يظل المتهم معتقلاً في السجون أو في غيرهما من أماكن الاحتجاز.

ويشعر -على ضوء ما تقدم- أن يتحدد مقدار الكفالة التي يقدمها المتهم مقابل إطلاق سراحه، وفق معايير تكفل ظهوره أمام المحكمة. وتنفيذ الحكم الصادر عنها. وهي معايير موضوعية وشخصية، يندرج تحتها سجل المتهم في الإجرام، ونوع النشاط الذي أخطئه وألفه

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

(٢) United states v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988).

(٣) Hudson v. Parker, 156 U.S. 277 (1895) at 285.

فى حياته؛ وطبيعة الجريمة التى لهم بارتكبها؛ وظروفها؛ ووزن الأدلة التى بيد سلطة الاتهام قبله؛ وقدرته المالية^(١).

ولا يجوز بالتالى فى مجال تحديد مقدار الكفالة -كما لا يجوز فى أية محاكمة جنائية- أن يكون امتناع المتهم عن الإجابة على أسئلة للجهة القائمة بالتحقيق فى الجريمة حتى لا يدان بأقواله أمامها؛ مبرراً لتحديد مقدار الكفالة بما يهبطها على المتهم.

ويجوز الطعن فى كل كفالة مغالى فيها من أجل خفض مبلغها. ولا يعتبر هذا خفض من المسائل التى تتركس فيها المحكمة الاستئنافية. ذلك أن مغاليتها شرط اقتضاء الدستور لصحتها^(٢).

وحتى بعد أن يدان المتهم بالجريمة، فإن من حق المحكوم عليه بعقوبتها، أن يطلب الإفراج عنه حتى الفصل نهائياً فى الطعن فى الحكم الصادر فيها، ما لم يكن هذا الطعن متوخياً مجرد تعطيل تنفيذ هذا الحكم، أو كان غير مقبول، أو غير جدير بالحرض بالنظر إلى مضمونه.

ذلك أن النظم القانونية فى الدول الديمقراطية، تفترض ألا يحمل الشخص على معاناة عقوبة مفيدة للحرية، قبل أن يدان بحكم بات عن الجريمة التى اتهم بها.

لذا لم يكن هذا الحكم قد صدر بعد، كان من حقه أن يقدم بعد القبض عليه، وقبل محاكمته، كفالة للإفراج عنه. وله كذلك أن يقدم أثناء هذه المحاكمة، وإلى ما قبل إدلائه قطعاً عن الجريمة التى ارتكبها.

ذلك أن الذين يدينهم الحكم بالجريمة ويقضون عقوبتها، لا نقل معاناتهم بعد نقض هذا الحكم ويبرئتهم، عن هؤلاء الذين لا تقبل كفالتهم لإطلاق سراحهم قبل المحاكمة، ثم تظهر براثمتهم.

بل إن قبول الإفراج عنهم بشرط الكفالة، هى التى تعطى لحقهم فى الطعن على الحكم الصادر ضدهم، معناه؛ وإلا صار تنفيذ العقوبة التى تقرر محكمة الطعن بعدئذ مخالفة لتوقعها للدستور أو القانون، عملاً منافية للحق فى الحرية، وهى الأصل.

(١) Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 46 (C).

(٢) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951).

ولا يجوز بالتالى بعد إدانتهم، وقبل الفصل فى الطعن المقدم منهم، أن يكون الإقراج عنهم بشرط الكفالة، من الرخص أو من صور التفضل Mere grace or favor التى يجوز منحها أو حجبها فى إطار سلطة تقديرية مطلقة.

ذلك أن هذا الإقراج يعتبر حقاً كلما كان مبرراً خالياً من سوء النوايا، وكانت اسباب الطعن واضحة لقبولها.

ولئن جاز بعد صدور أمر قضائى بالإقراج بشرط الكفالة، الرجوع عنها، إلا أن شرط هذا الرجوع، ألا يكون تحكيمياً.

٧٢٣- والكفالة على ضوء ما تقدم تحرر المتهم من القيود على حريته. وهى قيود لا يجوز التضاؤمها، وتنفيذ مقتضاها قبل صدور حكم بات بغرضها.

ودفعها مؤداه ألا تكفى المسجون بالشخص يودعون فيها، ثم تظهر براعتهم فيما بعد، بما يهدر الأموال التى أنفقتها الدولة عليهم أثناء استبقائهم لديها.

وتوفر الكفالة كذلك، ضماناً لظهور المتهم أمام المحكمة التى تدعوه للحضور، فلا يخرج من ولايتها، ولا من قبضتها حين تريده^(١). فإذا لم يظهر أمامها تعين عقابه، ومصادرة الكفالة التى قدمها.

٧٢٤- وشأن الكفالة المفاالى فيها، شأن الغرامة الجنائية التى يزيد مبلغها عن الحدود المنطقية التى تفرضها ظروف الجريمة وملابساتها Excessive Fines. كلاهما مخالف لل دستور.

(١) Edward Witt, the Supreme Court and Individual Rights, second edition, 1988, p.217.

المبحث الثالثحظر حمل شخص على الشهادة بما يدينه^(١)The Privilege Against Self - Incriminationالمطلب الأولمفهوم هذا الحظر

٧٢٥- حمل للشخص على أن يشهد ضد نفسه، وبما يدينه جنائياً، من الممائل التي لا يجوز القبول بها. ذلك أن دور الشهادة في ضمان تحقيق العدالة الجنائية، وإن كان مطلوباً، إلا أن مضار الصمت عليها، تتلخص حق من ينلّي بها في كتمانها، وفي ألا يؤلّخذ بخير الأقوال التي يريد إعلانها. ومصّلحته في ذلك تروى حق الجماعة في تعقبها للجنّة، والقبض عليهم وتقديمهم إلى القضاء لينالوا جزاء ما لقرّفوه. كذلك يعتبر هذا الامتياز من خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية Accusatorial system ليفارق صورة من العدالة المفتحة التي تتخيا مجرد ملاحقة المتهمين وتعقبهم للبطش بهم The inquisitorial system.

ولا جدال في أن الإكراه على الشهادة، إخلال بإرادة الاختيار، وهي جوهر الحرية الشخصية. ذلك أن من لطق بها يؤخذ بمقتضاها، وقد يضر آخرين بها إذا أجبر على تليقها. ومن ثم تسوء عاقبتها. وهي في كل صورها شهادة غير أخلاقية في بواعثها ومضمونها، ولو كان من يحتمون بامتياز عدم الإدلاء بشهادة قد تكبلهم، مجرمين حقيقة أو مخادعين أو مزورين، يضلّلون المحكمة الجنائية ويعرفونها عن الوصول إلى الحقيقة فيما يمرض عليها من للقضايا.

ذلك أن هذا الامتياز حتى أصله ومرماه- ضمان لحرية الأشخاص في الاحتكام إلى ضمائرهم، فلا ينطقون بخير ما يريدون. وتلك قيم تكفلها النماذج جميعها انطلاقاً من حرصها على الحقيقة التي لا تكشفها أقوال ينلّي بها أصحابها مخالطة أو زيفاً أو غصباً، أو تحاملاً^(٢).

ولذا قبل بأن هذا الامتياز يحصم المجرمين، ويوفر لهم غطاء من الحماية؛ فإنه كذلك يؤمن الأبرياء، ويقهّم تدخل السلطة في شؤونهم وخواص حياتهم لاقتراع أقوال منهم تكبلهم بها في إطار نظم قمعية، تقوم في جوهرها على مطاردة أفراد لا تصطفهم، وتعقبهم وخرق

(١) لاحظ أن هذا الحظر مقرر بالقاعدة التي تنص:

[Nemo tenetur seipsum accusare] No man is bound to accuse himself

وترجمتها بالعربية [لا يكلف الشخص بإتهام نفسه].

(٢) E.g. Twining v. New jersey, 211 U.S. 78 (1908).

أعراضهم، والتحقيق في أدق شئونهم، واقتحام مناطق من خواص حياتهم يريدون كتمانها بما يخل بتكامل شخصيتهم، وبضرورة أن تكون لهم دخائلم التي لا يجوز الإطلال عليها؛ وفرصهم التي توازن بين حقوقهم وسلطة الجهة التي تتولى التحقيق معهم؛ وسكيتهم التي لا يجوز الإخلال بها بما يروعاها أو يثير اضطرابها دون مقتض؛ وحقهم في حياة متكاملة يشكلون لأصلها بالطريقة التي يرونها، فلا يعملون على الإكراه بنزويهم^(١).

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى هذا الامتياز في إطار الحقوق التي كفلها الدستور لكل فرد، وليس كخطيئة يتعين للتغور منها، والإعراض عنها، ووصم من يتردون فيها بمجاوزة القيم الخلقية، انحرافا عن متطلباتها. والمتهمون الذين يتمسكون بهذا الامتياز أمام المحكمة، لا يحقرونها، ولا يترون ضمنا بالجريمة، ولا يعتبر نكولهم عن شهادة يحملون عليها، حجة عليهم بشئ. فإذا عاملتهم السلطة كمجرمين لمجرد احتياجهم بذلك الامتياز، كان تصرفها مخالفا للدستور.

ذلك أن الامتياز المتقدم يمثل من القيم الإنسانية أرقاها، ومن الحقوق الدستورية أكثرها اتصالا بجوهر النفس الإنسانية. فضلا عن أن كثيرين من المشبوهين أو المتهمين، أبرياء في حقيقة الأمر، ولكن سلطة الاتهام تلزعهم ببأسها، وتقوض اطمئنانهم بحقوقها العريضة، فلا يكون خوفهم منها، وترددهم في الإقضاء بما لديهم أمامها، أو أمام جهة التحقيق، دليلا جرمهم.

المطلب الثاني

الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز

٧٢٦- ولا شأن لغير الأشخاص الطبيعيين بهذا الامتياز، فلا يجوز أن تنهز أية منظمة ولا أن تتحج به لحسابها. وليس للعاملين في أية جهة منحها للمشرع الشخصية الاعتبارية، حق في إخفاء وثائقها، أو حجبها Corporate records، أو الامتناع عن الشهادة ضدها، بزعم أن هذه الوثائق أو تلك الشهادة قد تكتينها، وأنهم مؤتمنون على وثائقها، وعليهم مسئولية حفظها، أو أن أداءهم للشهادة ضدها يخل بواجباتهم قبلها. وشرط ذلك أن تكون وثائق هذه الجهة وسجلاتها، مودعة لديهم بصفتهم ممثلين لها. فإذا طلبتها منهم سلطة رسمية لمعوغ، تعين عليهم تقديمها لها، ولو أدانتهم هذه الوثائق في أشخاصهم.

(١) Murphy V. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52 (1964).

وحتى بعد تصفية الأشخاص الاعقابية، وانتقال أوراقها ووثائقها إلى المصنفين، فإن على هؤلاء تقديمها إلى الجهة القضائية التي طلبتها. ولا كذلك الأوراق التي يملكها أشخاص طبيحيون ملكية خاصة، أو على الأقل تلك التي يحوزونها بصفتهم الشخصية البحتة. ذلك لأن امتياز عدم جواز حملهم على الشهادة بما يدينهم، يشملها إذا تمسكوا به^(١).

المطلب الثالث

الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر

٧٢٧- يقوم امتياز حظر الحمل على الشهادة ليس فقط أمام المحكمة الفيدرالية ولكن كذلك في مواجهة محاكم الولاية. واضطرد القضاء على تطبيقه ليس فقط في إطار الاتهام الجنائي إذا أثاره المتهم أو الشهود؛ وإنما كذلك في نطاق الخصومة المدنية، وأمام لجان تقصي الحقائق البرلمانية؛ وأمام أية جهة إدارية. ويتعين القول بالتالي أن هذا الامتياز متاح لكل شخص تطارده السلطة بشكوكها؛ وإن كان أكثر وجوباً في المحاكمة الجنائية التي يعتبر هذا الامتياز مقررأ أصلاً لمصلحة المتهم المائل أمام المحكمة إذا سئل عن أحد أركان الجريمة، أو عن حقيقة الأوضاع التي لا يستها، كأن يسأل من سلطة الاتهام عما إذا كان قد قتل، أو عن أداء هذه الجريمة ومكان إخفائها. وقد تتكاثر أجزاء الدلائل التي تتوفر لسلطة الاتهام، ومن ثم توجه أسئلتها إلى المتهم حتى يطلعها على حقيقة الصلة التي تربط هذه الأجزاء ببعضها.

ذلك أن الشرور التي يتوخى هذا الامتياز توقيها، تربو على كل مصلحة تتفيا للجماعة حمايتها في مجال تعقيلها للجرائم وكشفها عن مرتكبيها^(٢).

ولا عبرة بما إذا كان من شأن الشهادة التي يدلي الشخص بها، أن يدان بسببها عن الجريمة وفقاً للقانون المنظم لها، أو ألا يكون لها هذا الأثر.

وليس على المتهم، ولا على غيره، أن يعرض على المحكمة، نوع المخاطر التي قد يواجهها إذا أدلى بشهادته. ذلك أن بوبانه لها قد يشي بنوع أو بنطاق الشهادة التي يريد كتمانها.

(١) Curcio, v. United States, 354 U.S. 118 (1957); Mcphaul, United States, 364 U.S. 372 (1960); Grant v. United States, 227 U.S. 74 (1913).

(٢) United States v. White, 322 U.S. 694 (1944).

ولا حظ أنه وحتى إذا كان للشخص المائل أمام هيئة المحلفين الكبرى، هو المشبه الأول في الجريمة، فإن من حقه أن يستع عن الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه.

ويتعين بالتالي لجواز الاحتجاج بالامتنياز، للنظر إلى أثر الأسئلة الموجهة إلى الشخص. فكلما كان من شأنها -في سياقها وعلى ضوء الأوضاع التي تلازمها- الحصول على إجابة يضر الإفصاح عنها بمركزه، فإن الامتناع عن الرد على هذه الأسئلة، يكون مبرراً. ولا يجوز بالتالي حمل متهم على أن يقر بالجريمة، ولا أن يقدم أدلتها، ولا أن يدلي بشهادة عنها. ذلك أن حريته في الإقرار بالجريمة أو إنكارها، لا نزاع فيها^(١). وليس اعترافا بها مجرد سكوتة عنه الهد على الأسئلة الموجهة إليه، ولا رفض الإدلاء بالشهادة التي يطلبها المحققون أو رجال الشرطة^(٢).

بل إن للمتهم في جريمة بالولاية، حق اللجوء إلى هذا الامتنياز، إذا كان من شأن الاحتساء به توقي الإقرار بالجريمة المحلية في الولاية، وجريمة فيدرالية تقوم على الأركان ذاتها. وصح للقول بالتالي بأن هذا الامتنياز لا يجوز أن يفسر تفسيراً "ضييقاً" ولا بصورة تصفية تخلص بالأعراض التي يستند فيها.

ويبلور هذا الامتنياز تقنياً هاما في مجال إثراء الحرية، وهو كذلك علامة فارقة على طريق كفاح الإنسان من أجل أن يكون مدنياً. ذلك أن ما يتوخاه هو ضمان القيم الجوهرية والأمال النبيلة التي نعتصم بها كشرط للحرية المنظمة التي ينافيها أن يدين المتهمون أنفسهم بأنفسهم بما ينالخص خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية، ويقوض كذلك حقوق المتهمين في ألا تنتزع أقوالهم من خلال وعد أو وعيد، أو غيرهما من صور إساءة استعمال السلطة. ولئن كان هذا الامتنياز، يوفر أحيانا غطاء للجنة، إلا أن تطبيقه في أكثر صور، كان حماية للكبرياء^(٣). وصار اليوم ضمانا ليس فقط ضد الملاحقة الجنائية، وإنما كذلك باعتباره مؤكلا لحماية حرية التعبير ولحفظ الكرامة الإنسانية^(٤).

ولا يجوز بالتالي إخراج من يحتجون بهذا الامتنياز في قائمة الجناة والمزورين، ولا أن يعامل باعتباره صنو الإقرار بالجريمة أو كقرينة قاطعة على التكليس، وإلا صار ملهما بغير مضمون A. Hollow Mockery. يؤيد هذا النظر أن هذا الأسن -وإن كان بريئا- قد يظل متخوفا من الاتهام الجنائي^(٥).

(١) Heike v. United States, 277 U.S. 131 (1913).

(٢) Bruno v. United States, 308 U.S. 287 (1939).

(٣) Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbour, 378 U.S. 52 (1954).

(٤) Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956).

(٥) Slochower v. Board of Higher Education, 350 U.S. 551 (1956).

علي أن الامتياز المذكور ليس بحق مطلق لأصحابه. ذلك أن عدم تمسكهم به، يفقد نزولهم عنه. فإذا احتجوا به كان للقاضي أن يقرر ما إذا كان الاحتفاء بذلك الامتياز مبرراً أو غير مبرر. ويكون الاحتجاج بالامتياز عدم العمل على الشهادة Testimonial Compulsion، مبرراً، كلما كان ظاهراً بوضوح من الأسئلة الموجهة إلى الشخص، أن لها من تركيبها، وفي محيط إلقاءها، ما يجعل الإجابة عنها منطوية على مخاطر جنائية يتعين توقيفها^(١). وصار مقروراً كذلك أن ما يتوخاه هذا الامتياز ليس فقط حماية الأبرياء، وإنما كذلك ضمان نظام قضائي لا يدين للجنة، مالم تحمل سلطة الاتهام على عاتقها التكاليف بنفسها على الجريمة بكافة أركانها Shouldering the entire load.

ولا يكون الاحتجاج بالامتناع عن الشهادة المقهورة، مبرراً، إذا تعلق بجريمة سقط الحق في تحريكها بالتقدم، أو بواقعة أثر بها الشخص في جملتها باختياره، ثم رفض الإصاح عن تفاصيلها. كذلك إذا كانت الشهادة التي يرفض الإدلاء بها تتعلق بجريمة أدين عنها بالفعل، أو صدر عفو بشأنها، ما لم تكن الشهادة التي حمل عليها مفضية إلى جريمة جديدة ترتبط أو لا ترتبط بالجريمة القديمة^(٢).

وكلما دعي شخص للشهادة أمام لجنة تشريعية أو قضائية أو إدارية، فإن رفضه المثل أمامها قد يشكل جريمة احتقار لها. فإذا ظهر أمامها، كان من حقه أن يرفض الإجابة على أسئلتها الموحية بالجريمة التي ارتكبها^(٣).

وبفترض حظر الإدلاء بالشهادة التي تؤثم أصحابها، أن تكون مخاطر التجريم التي تتصل هذه الشهادة بها، قائمة. فإذا أجهضها المشرع من خلال حصانة خلعها على الشاهد Immunity Statutes بما يعطل نهائياً إمكان ملاحظته جنائياً عن الجريمة التي حوتها هذه الشهادة، سقط حظر الإدلاء بها بكل الآثار التي يرتبها. وشرط ذلك أن تعمل هذه الحصانة في الدائرة ذاتها التي يعمل فيها امتياز حظر الإدلاء بالشهادة الجبرية. وذلك بأن تكرأ عن يتمتعون بها، كافة المخاطر الناجمة عن شهادتهم التي قد تدينهم. ويتعين بالتالي أن تكون حصانة مطلقة، فلا تنصرف إلى جريمة بذاتها دون غيرها^(٤).

(١) Hoffman v. United States, 341 U.S. 479 (1951); United States v. Murdock, 284 U.S. 141 (1931).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Emspak v. United States, 349 U.S. 190 (1955).

(٤) Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892) Blan v. United States, 340 U.S. 159 (1950) . See also Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 137 U.CIN.L. Rev. 671 (1968).

وتعطى هذه الحصانة عادة في الجرائم الخطيرة التي يحيطها الغموض، والتي يتعذر كشفها بغير الحصول على معلومات عنها من الأشخاص الذين تورطوا فيها^(١). ويفترض أعمال هذه الحصانة في الدول الفيدرالية، أن تبسط مظلقتها ليس فقط في مواجهة قوانين الولاية التي يملكون بشهادتهم في إقليمها، ولكن كذلك على صعيد القوانين الفيدرالية، وذلك حتى لا تقيد السلطة أيا كان موقعها، من ثمار هذه الشهادة في اتهام جنائي لاحق يتصل بمن أُلقي بها^(٢).

وإذا كان ما تتوخاه الحصانة المشار إليها، هو أن تمهد لتحقيق الأغراض المقصودة منها في مطاردة الجناة وتعقبهم وتقديمهم إلى القضاء لمحاسبتهم عن جرائمهم، فإن الشهادة التي تشملها هذه الحصانة تفترض صدقها، لا أن تكون شهادة زور لا قيمة لها^(٣).

فإذا لم تكن ثمة حصانة خلعتها الدولة على الشاهد، فإن حمله على الشهادة التي لا يريد إعلانها، مؤداه اعترافه جبراً Coerced Confession بالجريمة. ذلك أن الإقرار الحر بها، يفترض ألا يكون وليد إغواء -ولو كان مؤقتاً- ولا نتائج وعيد يؤثر في حرية الاختيار بما يشوهها أو يعطلها^(٤).

ويقترض في إقرار المتهم بالجريمة بعد فترة طويلة من احتجازه في مقر الشرطة، وبغير محام، ودون اتهام، أن هذا الإقرار قد صدر عنوة^(٥). ولا يعتبر حمل المتهمين على الشهادة ضد إرادتهم، قرين تحنيطهم للإقرار بالجريمة التي دخلوا فيها. وإنما يكلفهم فقط هذا الحمل بالشهادة ضد أنفسهم، وإنما تحملهم هذه الشهادة بما لا يطيقون لأنهم يدينون أنفسهم بأنفسهم^(٦).

ويلاحظ أن هذا الامتياز ليس ضماناً ضد الاحتقار العام للجاني سخرية، أو تهكما. ولا صلة له كذلك بشخصية المتهم. ولكنه يكفل عدم استخدام الشهادة التي أُلقي بها كدليل ضده - لا ضد غيره - في اتهام جنائي بما يجرد المشرع، والمحكمة، وسلطة الاتهام، من الحق في حمل المتهم على أن ينطق بما لا يريد لضمان حمايته ضد أشكال مختلفة من ضغوط السلطة وسوء موازينها في التقدير، ولتقيم حاجزاً بينها وبين المتهم، مانعاً إياها ليس فقط من استخدام شهادة مختصة في توجيه اتهام مباشر، ولكن كذلك من توليد دليل غير مباشر منها يدان به.

(١) Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Murphy v. The Waterfront Commission of New York, 378 U.S. 52 (1954).

(٣) Shatwell Mfg. Co. v. United States, 371 U.S. 342 (1963).

(٤) Hopt v. Utah, 110 U.S. 574 (1884).

(٥) McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943).

(٦) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ذلك أن الألة التي تقدمها العسطة ويجوز قبولها قانوناً، هي التي تحصل عليها من مصدر مشروع يستقل كلية عن الشهادة التي حمل للمتهم على الإدلاء بها^(١).

وسواء أثار المتهم هذا الامتياز لدخل ولاية في منظومة فيدرالية، أو على صعيد محكمة فيدرالية، فإن مقاييس تطبيقه واحدة، ولو تعلق الحمل على للشهادة بمرحلة التحقيق في الجريمة، وكان سابقاً بالتالي على مرحلة الاتهام^(٢).

المطلب الرابع

التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أكل، لا يناقض

امتياز حظر الحمل على الشهادة

٧٢٨- وليس لهذا الامتياز من صلة بعملية التفاوض Plea Bargain. التي تتم بين سلطة الاتهام والمتهم، والتي تتوخى بها إقناع المتهم بأن يقر بارتكابه لجريمة عقوبتها أكل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها أصلاً.

ذلك أن عملية التفاوض هذه، وإن أقرتها بعض النظم للقانونية حتى يتوقى المتهم -حال نجاحها- مدداً طويلة للحبس الاحتياطي، ومصبيراً مجهولاً يقارن محاكمة طويلة إجراءاتها، معقدة دروبها، غير معروفة سلفاً نتيجتها؛ وحتى تقتصد سلطة الاتهام إجراءاتها وتختصرها لتوفر أموالاً طائلة تنفقها في مجال التكليل على صحة التهمة التي نسبها إلى متهمها؛ وحتى يطمئن الجمهور إلى أن الجناة سيودعون السجون بما يقود حرياتهم كبديل عن إطلاق سراحهم بكفالة يكونون بها أحراراً في كل طريق، عابثين بكل القيم إلى حين مثولهم أمام المحكمة؛ وكان إقرار المتهمين -ومن خلال عملية التفاوض هذه- بالجريمة الأكل وطأة من تلك التي صدر بها قرار الاتهام، يفترض أن يكون هذا الإقرار حراً -لا إكراه- وألا تخل سلطة الاتهام بالاتفاق الذي تم بينها وبين المتهم من خلال عملية التفاوض تلك التي يعطي فيها كل من طرفيها ويأخذ Give and take. إذ هو وعد منها عليها أن تنفذه؛ فقد تعين القول بأن امتياز عدم جواز إدلاء المتهم بشهادة يريدها كتمانها، وبغير تماماً عملية التفاوض المشار إليها آنفاً، سواء في أهدافها أو نتيجتها.

(١) انظر في ذلك الرأي المخالف لتقاضي Douglas في قضية:

Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

ذلك أن عملية التفاوض تلك، غايتها أن يوازن المتهم بين رجحان إدانته بالجريمة التي اتهم بها إذا ثابر على إنكارها، وبين احتمال الحكم ببرائته منها وهو ينظر بالتالي في العرض المقدم من سلطة الاتهام ليقر مختاراً بجريمة عقوبتها أقل.

ولا كذلك امتياز المتهم بأن يظل صامتا، إذ هو ضمنان ضد حمل المتهم جبرا على الشهادة، وليس مدخلا لإقناع المتهم بالإقرار بجريمة أقل في عقوبتها من تلك التي قام الاتهام عليها^(١).

وما أراه هو أن عملية التفاوض هذه -رأى أثرها بعض النظم القانونية- إلا أن شبهة مخالفتها للمستور بظاهرها أن المتهم بفاضل من خلال عملية التفاوض -بين إنكار الجريمة التي اتهم بها وبين خوفه من أن يدين عنها ولو كان بريئا، ليحمله هذا الخوف على الإقرار بجريمة لم يرتكبها لمجرد أن عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها، ولو لم يكن قد تورط فعلاً فيها.

المطلب الخامس

نطاق امتياز حظر الحمل على الشهادة

٧٢٩- ويبطل كل تعليق يصدر عن سلطة الاتهام في شأن امتناع شخص عن الشهادة جبراً، ويبطل كذلك كل توجيه يصدره القاضي لهيئة المطلقين بأن سكوتهم دليل جرمهم.

ذلك أن هذا التطبيق أو التوجيه من بقايا نظام للعدالة الجنائية يقوم على مطاردة الجناة من خلال ترويعهم بقصد انتزاع أقوالهم وإرهاقهم وتعذيبهم للإقرار بالجريمة Inquisitorial system of criminal justice وهو كذلك يتمحض عقاباً ضد أشخاص يركنون إلى امتياز مقرر لهم بنص في الدستور. ومؤد فضلاً عما تقدم، إلى إعنائهم ليحصلهم بما لا يطيقون^(٢).

ولا يجوز الركون إلى هذا الامتياز لحصانة شخص آخر، ولا لحمل العاملين في الدولة على التخلي عن الحماية التي يكفلها، والإدلاء بأقوال في شأن أوجه نشاطهم التي انخرطوا فيها، ولا أن تفصلهم الجهة التي يعملون بها، إذا تمسكوا بذلك الامتياز^(٣).

(١) Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971); Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); See also T. Mason & William M. Beaney, American Constitutional Law, 6th ed. 1978, P. 669.

(٢) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

(٣) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967).

ويلاحظ أن هذا الامتياز مقرر في التعديل الخامس للدستور الأمريكي وبالرغم من صراحة هذا التعديل في تعطى حكمه بالإجراءات الجنائية Criminal proceedings، إلا أن من الثابت اليوم أنه صار مقرر في القضايا المدنية، وأمام هيئة المطلقين الكبرى وأمام اللجان التشريعية. انظر في ذلك:

Antieau, Modern Constitutional Law, Volume one, 1969 P. 195.

٧٣٠- ويظل محظورا حمل شخص علي الشهادة، ولو لم تكن كافية بذاتها لتقرير مسئوليته عن الجريمة. ذلك أن الفصل في كفايتها أو في قصورها عن إثباتها، غير منتج في تحديد لمطلق تطبيق هذا الحظر. ويظل هذا الحظر قائما ولو كان من شأن الشهادة التي يدلي الشخص بها، مجرد إيضاح الصلة التي تربط الأدلائ اللازمة للاتهام ببعضها، لتجمعها سلسلة واحدة متصلة حلقاتها^(١).

Answers which would have furnished a link in the chain of evidence needed in a prosecution.

وإذا قبل المتهم الشهادة أمام المحكمة، اعتبر ذلك فقط نزولا عن امتياز عدم جواز الحمل عليها في شأن الجريمة التي قبل الشهادة بشأنها، وليس بالنسبة إلى غيرها من الجرائم التي لا ترتبط بها. فإذا أصلي طواعية الشهادة الموثقة، لم يعد من حقه الامتناع عن الرد علي الأسئلة التي لن تغير مركزه في الجريمة التي أقر بها^(٢).

٧٣١- وأكثر ما تظهر فيه قيمة هذا الامتياز، عند التحقيق مع المتهم بعد احتجازه وتقييد حريته بوجه أو بأخر Custodial interrogation. ومبادرة رجال السلطة القائمين علي تنفيذ القانون، بتوجيه أسئلتهم إليه. ذلك أن حقهم في توجيه أسئلتهم هذه، مطلق علي تحذيره بأن من حقه أن يكون صامتا، وأن كل قول يصدر عنه، قد يؤخذ ضده، وأن من حقه الحصول علي مشورة محام، سواء كان محينا أو مأجورا.

ولمن احتجز علي النحو المتقدم، أن يسقط هذه الحقوق كلها أو بعضها بشرط أن يكون حر الإرادة، وأن يكون اللزول عنها بعد العلم بحقيقتها.

وعلي رجال تنفيذ القانون الامتناع عن توجيه أسئلة إلي المحتجز لديهم إذا أبلغهم بحزمه عدم الرد عليها قبل مثول محاميه، ولو كان قد أجاب قبل حضوره على بعضها.

ذلك أن حظر الحمل علي الشهادة مؤلده، أنه كلما أبان المحتجز سواء قبل أو أثناء سؤاله عن رغبته في أن يظل صامتا، فإن كل الأسئلة يتعين وقفها. ويفترض بالتالي أن كل بيان يدلي به بعد تمسكه باستمراز عدم الحمل علي الشهادة، هو نتاج قهر، فلا يؤخذ به^(٣).

٧٣٢- وفي مصر تنص المادة ٤٢ من الدستور الدائم علي أن المواطنين لا تجوز معاملتهم -سواء حال القبض عليهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم علي وجه آخر- بما يخل

(١) Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Miranda v. Arizona, 304 U.S. 436 (1966).

بكرامتهم. ولا يجوز كذلك إظهارهم بندياً أو معنوياً، ولا احتجازهم أو حبسهم في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون، ولا انتزاع أقولهم تحت وطأة شيء مما تقدم أو التهديد بشيء مما تقدم، وإلا تعين إعادتها وعدم التعويل عليها.

ويدخل في مفهوم هذا النص، الحصل على الشهادة، إذ هي أقوال تؤخذ من المواطنين جبراً عنهم، لأنها تنتزع تحت وطأة إكراه أو تهديد بايذاء -بندياً كان أو معنوياً- فلا تقوم لها قائمة.

ولا يجوز كذلك أن يتدخل المشرع في أوراق خاصة، يلزم مالكوها أو حائزها بتقديمها، ولو كان ذلك بقصد معرفة صور من التعامل أثبتتها. ذلك أن حظر إدلاء الشخص بشهادة تكذبه، مبناه نص في المستور لا يجوز أن يخل به المشرع.

المطلب السادس

صور من التحقيق لا يشملها الامتياز

٧٣٢- ولأن الجناة كثيراً ما يتركون في مسرح الجريمة آثاراً تكل عليهم يندرج تحتها بصماتهم وأدواتهم في تنفيذها، وأحاديثهم التي تبادلوها وسمعها آخرون، وانطباع أقدامهم التي خلفتها أحذيتهم، وما نطقوا به أو دونوه في مكان الجريمة، وملامحهم وأقنعتهم ونوع ملابسهم التي ظهروا بها وهم يقتسمون عليها؛ وكان المتهمون بالجريمة هم عادة جناتها المحتملون، فإن اللقطع بمن يكون من بينهم قد انخرط فيها، يقتضى من جهة التحقيق، ومن المحكمة ذاتها، التي يمثلون أمامها، أن تبتذل كل جهد تفصل به بين متهمين أو مشبوهين لا شأن لهم بالجريمة، وآخرين من بينهم، أو من غيرهم، مسؤولين عنها، وكانوا أطرافاً فيها.

ولا يكون ذلك إلا بفصلها بين هؤلاء وهؤلاء، من خلال وسائل متعددة، يندرج تحتها صفهم مع آخرين، وخطهم ببعض Lineup، حتى يحدد شهود الرؤية من كان من بينهم ضالعا في الجريمة.

وقد تقارن جهة التحقيق أو المحكمة بصماتهم وآثار أقدامهم، بتلك التي خلفها الجناة من ورائهم، أو تستكتبهم للفصل في تطبيق عبارة دونها أحد الجناة مع خطهم، أو تسجل أصواتهم أو تكلفهم للناطق بكلمة بعينها بقصد تعيين صاحبها؛ أو تعيد ملامحهم إلى صورتها الحقيقية التي حاولوا إخفاءها، كنزع لحاهم أو شواربهم التي كانوا قد أطلقوها بعد ارتكابهم الجريمة.

فمثل هذه الأعمال التي يحمل المتهمون على القيام بها -والتي يدخل فيها مراقبتهم في مشيئتهم إذا كان أحد الجناة معوقاً أو ذو مشية خاصة- لا شأن لها بالشهادة التي يكرهون على الإدلاء بها بما يدينهم بسببها، ولا صلة لها كذلك بغوامس حياتهم التي يريدون كتمانها، وإنما هي أعمال غير مقصودة لنفسها، تنحصر غايتها في الفصل بين فريقين لأحدهما دور في الجريمة، ولا صلة للفريق الآخر بها.

ومن ثم تتصل هذه الأعمال بمظاهر خارجية كان الجناة عليها، أو محاطين بها أثناء ارتكابهم لها. فلا تتوخى غير تحديد شخصياتهم من خلال آثار مادية خلفوها، أو صورة مرئية كانت عليها ملامحهم التي شوهوا بها^(١). An identifying physical characteristic. كان يطلب من أحد المشتبهين إطلاق لحيته، أو تنظية وجهه بمندبل كان قد شوهد به أحد الجناة وقت الجريمة. وكل ذلك جائز قانوناً، ولا يتصل بالحمل على الشهادة.

المطلب السابع

التمييز بين الشهادة للمحظورة وغيرها

٧٣٤- ولا تزال غير مقطوع بها، فواصل التمييز بين شهادة محظورة إذا حمل عليها المتهم، لاحتمال أن يدان بسببها، وبين أعمال يجوز حمل المتهمين على القيام بها، فصلاً فيمن يكون من بينهم متصلاً بالجريمة، أو غير مرتبط بها.

وكثيراً ما يقع التداخل بين الأمرين. فأخذ عينة من دم سائق ضبط متربحاً وهو يقود سيارة في الطريق العام، جائز في مفهوم كثير من الأنظم القانونية باعتباره عملاً منفصلاً عن شهادة قد يدان المتهم بسببها إذا حمل عليها^(٢).

وفصلاً في هذا للتدخل، يتعين القول بأن مكافحة الجريمة، وإن اقتضى تحديد أشخاص مرتكبها كخطوة هامة على طريق القبض عليهم والقصاص منهم، إلا أن هذا التحديد يفاير من كل الوجوه، حملهم على أن يشهدوا ضد أنفسهم بأنفسهم^(٣).

(١) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) Schmemmer v. California, 384 U.S. 757 (1966).

هذا وقد قرر القضاء المخالفون لحكم المحكمة في هذه القضية، بأن تحليل العينة التي تؤخذ من دم السائق، تكفيه بالضرورة عن مخالفة قوانين المرور إذا كان حقاً مغموراً أثناء القيادة.

(٣) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967).

ويتعين بالتالى أن يكون لحظر الإدلاء بالشهادة المؤثرة، دائرة منطقية لا تعطل أو تعرق أعمالاً لا شأن لها بها، غايةا مطاردة للجناة وتعقبهم.

المطلب الثامن

مضمون الشهادة التى يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً

٧٣٥- والشهادة التى يحظر حمل المتهم عليها، تتناول تصرفاته السابقة على الجريمة، كالتحضير لها، أو المعاصرة للجريمة، كمرافقة الطريق كى ينفرد الجناة بغريمهم، أو التى تلتها إذا كان لها صلة بها، كإخفاء أشياء مسروقة متحصلة منها.

وهى كذلك شهادة لا يجوز صرفها -إذا قبل المتهم باختياره الإدلاء بها- إلى غير الجريمة التى تتعلق بها. ذلك أن حظر الحمل على الشهادة من الحقوق الشخصية التى يجوز لكل منهم النزول عنها اختياراً^(١). فإذا نزل عن هذا الامتياز، فإن الشهادة التى يدلى بها تتناول كل واقعة تتصل بالجريمة التى قبل للشهادة عنها، ليس فقط فيما هو عريض من خطوط هذه الجريمة، بل كذلك فى أدق تفصيلاتها^(٢).

ولا يعتبر نزولاً لاختياراً عن هذا الامتياز، تهديد جهة العمل لأحد العاملين بها -بطريق مباشر أو غير مباشر- بالفصل من وظيفته إن لم يدل بشهادة تطالبها، قد يدان بسببها. ذلك أن ولاءه لها أو نقيضها به، لا يجوز أن يصير مشكوكاً فيه لمجرد تمسكه بامتياز عدم الإدلاء بالشهادة الجبرية، وإلا صار ثمن الاحتجاج به تخييراً للقائم بالعمل العام، بين أن يظل صامتاً فلا يدان، أو أن يتكلم، ليحاكم. وهو ثمن باهظ لا يجوز القبول به^(٣).

وكل شهادة يدلى بها المتهم باختياره يجوز الأخذ بها، ولو تعدد من خلالها تشويه بعض الحقائق التى ألتصحت عنها^(٤).

ذلك أن هذا الامتياز -على الأكل فى جنوره التاريخية- لا يتوخى حماية الخطأين، وإنما هو مقرر أصلاً لمصلحة الأبرياء الذين نصيبهم السلطة ببيأسها، ونقزعهم بضراوتها، فلا يجنون غير صمتهم ملاذا لهم فى مولجتها، حتى لا تؤخذ عليهم كلمة ينطقون بها، ولو أنزلوا إليها. وغير صحيح بالتالى القول بأن الذين يتمسكون بذلك الامتياز، يتمدون طمس الحقائق أو تحريفها لإخفاء جرائمهم.

(١) Marchetti v. United States, 390 U.S. 39 (1968); Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٢) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967).

(٣) Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967).

المطلب التاسع

حظر الحمل على الشهادة لإيقوم في المواد المدنية

٧٣٦- وإذا كان الامتناع عن الشهادة -في إطار اتهام جنائي- حق لكل شخص قد تؤخذ شهادته على محمل الإقرار بجريمة يكون قد ارتكبها، وكان لا يجوز لمسلطة الاتهام، ولا للمحكمة الجنائية، أن تطبق على هذا الامتناع، بما يضر بالمتهم، ولا أن تستخلص من صمته قرينة على ترويه في الجريمة؛ إلا أن الامتناع عن الشهادة في المواد المدنية ليس كذلك، إذ يجوز للقاضي، ولكل خصم في الخصومة المدنية، أن يستنبط من هذا الامتناع، كل نتيجة مطلقة يمكن ربطها به.

المطلب العاشر

أهمية الامتياز

٧٣٧- وقد نظر البعض إلى امتياز حظر الإدلاء بالشهادة المؤشمة، بأنه أحد أبرز النقاط في كفاح الإنسان لجعل نفسه مدنيا. وصار هذا الامتياز كافلاً حرية الأفراد جميعهم؛ وعائقاً ضد تدخل الدولة في طرائقهم في التعبير عن الأفكار التي يؤمنون بها^(١).

وقرر آخرون أن هذا الامتياز يرد صف للدولة، ويمنعها من أن تطلق تحرياتها دون قيد، لتلك من الأفراد في خواص حياتهم، متخفية في ذلك وراء عباءة القانون^(٢) ومن ثم تبذر أهمية هذا الامتياز ليس فقط في أنه يحصم الفرد من تدخل رجال الشرطة بتحرياتهم المرهقة -رغبر المبررة أحيانا- في كثير من شؤون حياته؛ وإنما لأن من أثره أن يحجز الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها، عن إقرار قانون تعمل به أحد الأفراد على تقديم بيان، أو الإدلاء بشهادة، أو الإعلان عن محادثة أجراها؛ إذا آل هذا البيان، أو الشهادة، أو الاتصال، إلى تجريمه، سواء كان موضوع هذا القانون قضائيا، أم تأديبيا، أم إداريا، أم كان الجزاء المقرر به متضمناً الحرمان من الاختراط في عمل.

ذلك أن ما يتوخاه امتياز حظر الشهادة المؤشمة، هو حماية الفرد من مواجهة المخاطر الحقيقية للتجريم الذاتي التي يزلق إليها من خلال هذه الشهادة. ويتعين بالتالي، تنبيهه قبل توجيه أية أسئلة إليه، إلى حقه المقرر دستوريا في ألا يشهد بخير ما يريد.

(١) E.Griswold, The Fifth Amendment Today, 7 (1955).

(٢) Imjay, The Paradoxical self-Incrimination Rule, 6 Miami law Quarterly, 147 (1952).

المطلب الحادي عشر

المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة

٧٣٨- ولعل أكثر المخاطر التي يثيرها هذا الامتياز، هي التي تتعلق بتوجه كثير من النظم القانونية -في عموم تطبيقاتها، وفي مجال تنظيمها لبعض المهن والأعمال- إلى تكليف من يبشرونها بتقديم بيانات عنها يندرج تحتها إمساك أوراقها ومجلاتها ووثائقها التي تكشف حقيقة إيراداتهم الخاضعة للضريبة على الدخل، أو نوع منتجاتهم وتاريخ إنتاجها وطرق صيانتها، ووسائل تصريفهم لمخرجاتها من المواد الملوثة. وكذلك أوضاع وشروط العمل فيها، وطبيعة القروض التي يحصلون عليها. وقد يطلق المشرع مباشرة للمهنة أو الحرفة على ترخيص.

ففي هذه الأحوال جميعها، قد يتحقق خطر توجبه الاتهام إلى هؤلاء وهؤلاء من أجل إخفائهم بيانات كان عليهم أن يقدموه، أو ارتكابهم جريمة كشفتها سجلاتهم.

وبتعيين بالتالي تحقيق نوع من التوازن بين ضرورة ضبط صور من التعامل والعلائق القانونية في إطار ينظمها من جهة، وبين الحماية التي يكفلها الدستور لكل فرد ليحول بها دون تجريمه تجريباً ذاتياً من جهة أخرى. ويتحقق هذا التوازن بشرطين:

أولهما: أن يكون ضبط الأفراد لسجلاتهم هذه في المهن التي يبشرونها، موافقاً أعرفها.

ثانيهما: أن يكون طلبها منهم متوخياً التحقق من أمور لها طبيعة تنظيمية، لا جنائية.

وفي إطار هذين الشرطين، يجوز أن يكون حفظ السجل مطلوباً تنفيذاً لنظم قانونية قاسمة، وبالشروط التي تبينها.

فلا يعتبر التحقق من تولفها أو تخلفها، إخلالاً بامتياز حظر الشهادة المؤتمنة ما لم تكن عملية التسجيل في ذاتها، مؤدية إلى التجريم. وهو ما يتحقق بالنسبة إلى الأشخاص الذين يحوزون أشياء بالمخالفة للقانون، كأسلحة غير مأذون لهم بالاتجار فيها، أو أجهزة قمار ممنوع تداولها بنص في القانون.

ذلك أن حملهم على حفظ سجل بها، أو تقديم بيان لعملياتهم بشأنها، مؤداة سوقهم إلى دائرة الاتهام الجنائي.

وصار ثابتاً بالتالى امتناع إقرار قانون يكون من وجهه، أو بالنظر إلى أثره، منطوياً على مخاطر حقيقية بالتجريم الذاتى^(١).

وعلى الأخص لا يجوز لقانون منطو على جزاء -ولو كان اقتصادياً في طبيعته- أن يفرض على المخاطبين به أحد خيارين: إما رفض الاتصايع لأحكامه، أو القبول بها بما قد يجرمهم شخصياً.

(١) -إذا أُلزم المشرع القائمين على صناعة معينة بإسكس سجل تكون فيه البيانات المتعلقة بمستوي الملوثات التي يصدرها في أحد المجاري المائية، فإن موقفهم من هذا الالتزام، إما الامتناع عن إسكس السجل حتي لا يقيموا تحت طائلة القانون إذا كانت هذه الملوثات تزيد عن المسموح بها، أو إسكس لتدليلهم البيانات الواردة فيه.

وفي قضية: *Alberston v. SACB*, 382 U.S. 70 (1965).

تنسب بموجب دستورية قانون إلزم منظمة بتسجيل أعضاء الحزب الشيوعي المنتمين إليها على أساس لخلال هذا القانون بالحظر المقرر دستورياً ضد الحمل على الشهادة.

المفصل الرابع

التقيود التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية

المبحث الأول

نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور الجزاء

٧٣٩- تصاغ القوانين الجنائية على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تتطلبها وتتضمنها ليس فقط من جهة مضمونها، وإنما كذلك من ناحية صور الجزاء التي يتعين تطبيقها على المخالفين لأحكامها. ذلك أن ما يتغواه المشرع من هذه القوانين، هو أن يحدد من منظور اجتماعي، ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يتخذ من العقوبة أداة لحملهم على التخلي عنها. ويتعين بالتالي أن يكون الجزاء على إتيانهم الأفعال التي نهام عنها أو كلفهم بها، مقبولا من زلوية، اجتماعية، وإلا صار محظوراً^(١).

١. صور من الأفعال لا يجوز تأنيبها

٧٤٠- وفي هذا الإطار، لا يجوز أن يؤتم المشرع تداول الأفراد للوسائل التي يمتنعون بها الحلل^(٢)، ولا أن يعاقبهم على حالة لا يستطيعون دفعها، ولا يسيطرون بسببها على أفعالهم كتعاطيهم المخور^(٣)، ولأن يسلط سلطتهم في إدارة أموالهم أو التعامل فيها لمجرد ظهور دلائل من تحقيق جنائي على تورطهم في جريمة معاقبا عليها^(٤)، ولا أن يدينهم بناء على مجرد اشتهار ارتكابهم لجرائم بذواتها عندها المشرع، ولا أن تفترض خطورتهم بناء

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٥ يوليو ١٩٦٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(٣) Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

(٤) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن الإيمان على تعاطي المخدرات Addition to the use of narcotics مرض لا يدخل الإنسان فيه باختياره. فإذا اعتبر مجرماً بناء على حالته هذه، وبغير أن يكون مذنباً بناء على سلوكه المخالف للقوانين الجنائية، فإن عقبه يكون قسرياً وشاذاً ومخالفاً للتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي. ولا عبرة بمدّة العقوبة، ذلك أن يوماً واحداً في السجن يعد عقوبة قاسية إذا وقعت على شخص لمجرد أنه أصيب بالزكام. ومجرد الإيمان بالتالي حالة Mere status of being an addict ليس ككسفت الطريقة التي اكتسبها المريض بها، لأنها تحمل المريض لصيلجاً على الاستمرار على تعاطي المواد المخدرة، ليكون ضحية.

(٤) القضية رقم ٢٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٠/٥/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

على مجرد انزالهم في جرائم سابقة^(١)، ولا أن يعاقبهم المشرع من جديد عن جرائم استوفوا التقصاص عنها^(٢).

٢. صور من الأفعال يجوز تأنيبها

٧٤١- وفي إطار ضوابط الدستور، فإن الكلمة التي نلحق بها، يجوز تجريمها إذا كان من شأنها الدعوة إلى الجريمة أو التحريض عليها أو التجهيز لها، وعلى الأخص كلما كان هدفها تقويض للنظم القائمة -انقلاباً عليها- بغير الوسائل السلمية.

أ - جوانب تأنيب صور التعبير التي يقرنها خطر قائم وحال

والدستور بذلك يطلق حرية الكلمة من عقابها بشرط ألا تقارنها مخاطر واضحة، وحالة يتعذر نواحيها Clear and present danger، كذلك التي تتهدد بها مصلحة قومية حيوية، أو التي تنال من أعراض الناس وحرمتهم تشويهاً لسمعتهم وتحقيراً لشأنهم بين ذويهم.

وإذا كان الدستور يجيز للكلمة كأداة للتعبير، إلا أن لحشها يفقدها قيمتها، وهي إذ تتحدر إلى الضغائن الشخصية، فإن دورها كأداة للتعبير، يقتصر إلى حد كبير.

ويتعين بالتالي أن يرتبط النكسل بالقوانين الجزائية في حرية التعبير، بنوع المصلحة التي تتوخى هذه القوانين حمايتها.

لما لم يكن التعبير عسيفاً في شره وخطره، داهماً في أثره على مصلحة لها اعتبارها، فإن تجريم هذا التعبير يكون مخطوفاً.

وهو ما يصدق كذلك على حرية الاجتماع التي لا يجوز لقلوب أن يجتثها من منابتها من خلال حظر اجتماع معين، أو تقييده في غير ضرورة.

٧٤٢- وقد يتخذ التعبير صورة تنظم مقدم من فرد إلى السلطة من جور أصابه، تشكيا من أضراره، وطلباً للتعمير عنهما، ومثل هذا للتنظيم لا يجوز تقييده، إذ هو إختاء بالسلطة العامة التي يفترض صونها لحقوق مواطنيها ومصلحتهم بشرط أن يكون موقعاً^(٣).

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠ - من ١١٤ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥ يولييه ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - من ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) تنص المادة ٦٣ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة ويتوقعه.

إذا أجبته على تظلماتهم تلك بما يدل على عدم اكتراثها بها، أو حاسبتهم عنها، أو أهملتها كلية بالنظر إلى مضمونها، أو حدة عبارتها أو لخروجها عما تراه لائقاً من أصول مخاطبتها، حملتهم بتصرفاتها هذه، على تجنبها، أو على الثورة عليها، بعد تخطيها عن همومهم ومناعبهم.

ب- جواز حظر المطبوع الداعر

قد يعطى إسمان غيره مادة تنسم بالمجون والخلاعة أو يبيعه أو يملأها إياه، وهو يعلم بمحتواها، سواء كان قد خلق هذه المادة من خلال عمل من أعمال الإبداع لثاء، أو كان قد صورها أو سجلها أو أعدها في شكل مطبوع يقرأ وينشر، أو عرضها في مسرح أو في مرقص، أو حازها بقصد توزيعها ونشرها، أو تملكها ليروجها على نحو أو آخر.

ففي هذه الفروض جميعها، لا ينسم المطبوع بالمجون، إلا إذا كان في مجموع محتواه -وعلى ضوء مقاييس البالغين من أوساط الناس الذين يطبقون القيم المائدة في المنطقة الإقليمية التي يتواجدون فيها- يستعمل بصورة ظاهرة، من يتلقاه من الأشخاص الذين تملكهم الأفكار الشهوانية وتستند بهم. فلا يكون المطبوع -وهذه الخصائص تبلور محتوا- ذا قيمة أدبية أو علمية أو سياسية أو اجتماعية لها شأن. ويؤخذ في تحديد قيمة المطبوع بمحيط نشره، وبالطريقة التي يعرض بها، وبالفرص المتاحة لتوزيعه.

والجريمة التي تتعلق بالمطبوع الماكن أو الفاجر أو الفاسق، جريمة عدية. ولا تتوافر بالتالي إلا إذا كان الشخص الذي تدخل في هذا المطبوع -سواء يبيعه أو بشرائه أو يعرضه أو ينشره أو يتألفه أو بتسجيله أو بالتعبير عن محتواه في صورة حركية أو في شكل رسم أو على نحو آخر- يتوخى أن يثير شهوة الآخرين الذين يتلقونه^(١).

وتجريم للتدخل في المطبوع الداعر على النحو المتقدم البيان، ليس منافية لحكم العقل، ذلك أن للدولة مصلحة مشروعة في حظر نشر المواد التي تفل بالحياة العام كلما كان عرضها أو توزيعها أو توصيلها إلى الآخرين على نحو ما، مؤنيا بصورة واضحة مشاعر غير الراغبين في تلقيها، أو يعرض لمخاطر الجنوح صغراً، لم يكتمل فهمهم لحقائق الحياة^(٢)، وليس لهم من قوة الإرادة ما يعزلهم عن صور الإغواء التي لا تليق بهم.

(١) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal Law, 1978, p.376.

(٢) Stanley. Georgia, 394 U.S. 557, 567 (1969).

ومن ثم لا يعتبر حظر المطبوع الداعر Obscene Material مناقيا لحرية التعبير. ذلك أن المستور، وإن كان يكفل الحماية للرأى التي يفضيها وذلك التي تزدريها أو التي تطرح في مناخ عام لا يقبلها؛ إلا أن حدود للتأثير التي يبلغها المطبوع الداعر، ليس لها حماية من المستور.

يؤيد ذلك أن ضمان المستور لحرية الصحافة ولحرية القول بوجه عام، تغيا ضمان التبادل غير المعاق للرأى من أجل تغيير الأوضاع القائمة -أو على الأقل في بعض جوانبها- وفق ما تراه الجماهير ملبياً لمتطلباتها.

ومن غير المتصور أن تدخل في إطار حرية التعبير، كل مادة تثير -لا بطبيعتها- ولكن من منظور أوساط الناس في المنطقة الإقليمية التي يوجدون فيها الشائقون جنسياً الذين يرون في فحشها وبذاعتها محركاً لشهواتهم. ويتعين بالتالي لتجريم من يتدخلون في المطبوع الداعر -خلقاً أو عرضاً أو ترويجاً- أن تتوافر للشرائط الآتي بيانها:

١. أن يكون العمل -في مجموع محتواه- يعد مثيراً للفرائز ومحركاً للشهوة الجنسية من وجهة نظر الشخص المعتاد الذي يطبق على هذا العمل المستويات المعاصرة للمنطقة الإقليمية التي يعرض فيها. ولا يقصد بالشخص المعتاد في هذا المقام، من يكون مرهفاً أو متبلداً أو جامداً في مشاعره، أو مغالياً في القيم الخلقية التي يؤمن بها، أو منتمياً إلى جماعة محدودة لها مثلاً ومفاهيمها الخاصة التي تغاير تلك التي درج أوساط الناس على انتهاجها في مظاهر سلوكها كقوم تواضعوا عليها، وحددوا على ضوئها ما يعتبر خطأ أو صواباً. ذلك أن الشخص المعتاد وفقاً لهذا المعيار، هو من أوساط الناس الذين يشتركون في القيم التي تمثل نهجاً مقبولاً بوجه عام في المنطقة الإقليمية التي يعرض فيها العمل الفاحش.

وتبدو أهمية الإشارة إلى للمنطقة الإقليمية في الدول المترامية أطرافها، والتي تتباين وحدائتها الإقليمية في تراثها وعاداتها وتقاليدها وقيمها، بما يفاير بين بعضها البعض، فلا تجمعها معايير موحدة في شأن ما يعتبر مثيراً للفرائز أو مخالفاً بالحياة العام إخلالاً واضحا.

ومن ثم لا تقوم القيم الخلقية في هذه الدول على معايير فرضية، ولا على أسس موحدة تضم شعوبها إلى بعضها البعض، رغم اختلافها فيما بينها في أنوالها ومقاييس تطبيقها للقيم التي تسودها. ذلك أن الفوارق الذاتية بينها يستحيل إزالتها. فضلاً عن أن من غير المنطقي تصور تحديد طبيعة المطبوع، عن طريق فرض ضوابط جامدة لها طبيعة الإطلاق.

٢. أن يعرض العمل بالكلمة أو الصورة أو بغيرها من صور التعبير وبطريقة فاجرة- السلوك الجنسي محددا وفق ما قرره القوتين المعمول بها في المنطقة الإقليمية.

٣. أن يفكر العمل -منظورا في ذلك إلى مجموع محتواه- إلى الجدية التي تدل على قيمته الأدبية أو الفنية أو السياسية أو العلمية.

ومن ثم لا تنبسط الحماية المقررة دستوريا لحرية التعبير، لا على الأعمال الجنسية النهائية، السوية منها أو المنحرفة، الفنية منها أو التصنعية، إذا كان تقديمها أو وصفها مخلا بدرجة ظاهرة بالحياء العام، ولا على الأعمال التي تتضمن عرضا أو وصفا مثيرا للشهوة سواء للأعضاء الجنسية أو لوسائل الاستثارة الجنسية الذاتية^(١).

وبوجه عام لا تحظى بالحماية المنصوص عليها بالمنتور، الأعمال المثيرة للغرائز، والتي يكون عرضها أو وصفها للسلوك الجنسي نابيا عن الخلق، وشائنا، عدا ما يكون لبعضها من قيمة أدبية أو فنية أو سياسية أو علمية، كالمؤلفات الطبية التي تقدم لأغراض تشريح الإنسان، وصفا بالكلمة وبالصورة لدقائق تكوين جسده.

٧٤٣- ولما كان أمر ضوابط المطبوع الداعر، فإن فجره يتحدد على ضوء المفاهيم الاجتماعية القائمة في المنطقة التي يوزع المطبوع فيها. وليس ثمة معيار عام يتصل بدعارة المطبوع ويسمى في كل تطبيقاتها، وإنما تتغير ضوابط دعارة المطبوع في الزمان والمكان والأشخاص. فالمطبوع الداعر في مكان ما، قد يراه آخرون في مكان أو زمن آخر، مقبولا من أوساطهم، فلا يستد بالقيم الغالبة في مكان وزمن معين، إلا بقدر تلاقيها مع أوساط الناس في هذا المكان والزمان. وكلما كان مقياس أوساط الناس في هذا الزمان والمكان، دالا على أن المطبوع في مجموع محتواه، يشتم بالخروج الظاهر على ضوابط الحياء العام، جاز حظر تداول هذا المطبوع، ولو توافرت له بعض القيمة الاجتماعية.

ج- جواز حظر الرق وغيره من صور التعامل في الأشخاص

٧٤٤- ينال الرق حقيقة أن الناس جميعهم ولدوا أحراراً يتساوون في كرامتهم وفي حقوقهم، وقد وهبهم الله ميزة العقل والضمير لتجمعهم روح الأخوة ببعضهم البعض، فلا ينظر إلى فريق منهم كأشخاص لا يجوز لمسهم^(٢) Untouchable وليس للأخريين حق في معاملتهم

(١) Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 (1966).

(٢) الفئ المستور الهندي الحظر الذي كان قائما بمنع لس بعض الاشخاص

Abolition of untouchability

كاشياء يملكونها ويتصرفون فيها، أو يستغلونها، أو ينتزعون منها الحق في الحياة، أو يباشرون عليها حقوق ارتفاق^(١) Servitude. والرق بناء على لون الأشخاص تمييز غير مشروع. وهو في كل صورة محظور، ليس فقط لأنه نوع من السخرة التي لفظتها الدول جميعها، وإنما لأن الرق في محتواه، إذلال للبشر، وهبوط بأيديهم إلى أدنى مستوياتها. والذين يملكونهم يباشرون عليهم من الحقوق لوسعها، والتي تصل في مداها إلى حد تعذيبهم، أو الإخلال الخطير بتكامل أبدانهم، أو إزهاق أرواحهم بل إنهم يقتضون زواجهم ولايعترفون ببوة أبنائهم متهم. ويظل الرقيق في أسرهم عبداً من كل الوجوه. ويطلده سيده إذا فر، ولو كان فراره للحصول على الحرية التي حرم منها. والرقيق دائماً مجرد من كل الحقوق، وعلى الأخص تلك التي تتعلق بإرادة الاختيار، لأنه لايزيد عن مجرد شيء بغير قيمة^(٢).

ودعارة المرأة نوع من الرق يصفها القضاء بالرقيق الأبيض White slavery. وتحرض النظم الوطنية في كثير من الدول على حظره باعتباره تعاملاً في جسد المرأة -ولو كانت فتاة صغيرة- لأن من يقودون المرأة إلى هذا المصير يدركون أنهم يعرضونها لأمور صور الامتحان لنفسها وكرامتها، وأنهم كذلك يردونها إلى هاوية لا قرار لها تتعرض معها لأمراض قاتلة، ولحياة بظللها للندس والفجور يزيد من وطأتها انتقلها في الدول الفيدرالية بين ولاياتها المختلفة، وعرضها لبضاعتها على من يطلبها، بما يجعل هذا الانتقال جزءاً من عملية الدعارة يسهلها ويروجها. ومن ثم كان لانتقلها سواء دخل الدولة الواحدة أو فيما بين دولتين، عملاً محظوراً جنائياً بغض النظر عن وسيلة الانتقال التي تعتمد عليها لتحقيق هدفها في عرض نفسها. ويعتبر كذلك عملاً مخالفاً للقانون تحريضها على البغاء أو إكراهها على الدخول فيه، وعلى الأخص إذا كان هذا التحريض أو الإكراه واقعاً في شأن طفل أو فتاة قاصر. وتظل دعارة المرأة عملاً محظوراً، ولو لم تحقق المرأة غرضها من الدعارة. ذلك أن مجرد انتقلها من مكان إلى آخر بقصد تسهيل دعارتها، هو ما تحظره القوانين الجنائية، ولو لم تخالط المرأة الرجال بالفعل دون تمييز، أو خالطتهم على هذا النحو بغير أجر.

ويعتبر المحرضون على الدعارة أو الذين يغويون المرأة بها أو يحملونها عليها، مسؤولين جنائياً عن قطعهم.

(١) انظر المادة ٤ من كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والامتناعية الأوربية لحماية حقوق الإنسان.
(٢) Dred Scott. v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

وعلى من يأوون امرأة أجنبية، أن يقدموا إلى السلطة المختصة بياناً باسمها وجنسيتها ووقت إيوائها، وغير ذلك مما يكون ضرورياً لتمكين الدولة من فرض سلطتها في مجال حظر التعامل في الأشخاص، واستغلالهم في الدعارة، بما يحط من كرامتهم. وشأن دعارة المرأة شأن دعارة الأطفال. بل إن دعارة الأطفال وفجور الرجال أسوأ بالنظر إلى إخلالهما الجسم بالحياء العام، وتردهما على كافة القيم الخلقية^(١).

د- حظر للسخرة

٧٤٥- وشأن السخرة، شأن الرق في حظرها جنائياً، وامتناع فرضها بقانون. ذلك أن الأصل في العمل أن يكون اختياراً حراً، فلا يدخل فيه أحد سراً، ما لم يكن ذلك تنفيذاً لعقوبة محكوم بها، أو عملاً طارئاً لمواجهة ضرورة عاجلة لها من حدثها وعظم المخاطر التي تقارنها، ما يقتضى تكثف الجهود للعمل على دفعها، على أن تكون هذه الأوضاع الطارئة مؤقتة بطبيعتها؛ دائمة بالنظر إلى خطورتها، ككف عائلته فيضاً.

وصار مناهياً للمستور تسخير الناس في أعمال لا يقبلون بها، ولو كان ذلك مقابل أجر. ذلك أن السخرة شبيهة -في مضمونها وآثارها- بحقوق الارتفاق التي يقتضيها المتمتعون بها من المتحملين بعينها، وكأنهم عقار مرتفق به.

ولا يجوز بالتالي فرض العمل جبراً، على مريض مودع في منشأة صحية للأمراض العقلية، إذا لم يكن لدواع العمل الذي يؤديه، صلة بعلاجه من عامة العقل التي أصيب بها.

ولكن يجوز فرض الخدمة العسكرية الإلزامية على من تتوافر فيه شروطها. كما يجوز إيداع هذه الخدمة بالنسبة إلى الأشخاص الذين يرفضون على ضوء عقائدهم، القيام بأعمال قتالية Conscientious objectors، بخدمة مدنية، فلا يحزون بامتناعهم عن أدائها.

وللدولة أن تحمل المدنيين بالنفقة -إذا ماطلوا في أدائها بدون حق- على دفعها بولو من خلال تكليفهم بأعمال تعينها بقصد إرهابهم لضمان إيفائها.

ويعتبر حمل المعوزين على أداء الغرامة المحكوم عليهم بها من خلال عملهم في المجون ربما يقابل مبلغها -شكلاً من أشكال السخرة التي يلفظها الدستور.

(١) Bassiouni, Substantive Criminal law, (1978) pp.293-294.

هـ- حظر حمل السلاح فيما وراء حدود القانون

٧٤٦- والحق في حمل السلاح مقرر كذلك في دساتير بعض الدول بقصد تكوين ميليشيا منظمة بطريقة جيدة تكفل أمن الدولة الحرة، وتضمن بها استقرارها، وبما لا يخل بتنظيم هذا الحق في حدود منطقية وملائمة. كأن تفرض الدولة رقبتها على تداول هذه الأسلحة وتوزيعها من خلال نظم تضبط حركتها، وتسجل صور التعامل فيها، وتقرر نوع الأسلحة التي تجوز حيازتها، وشروط استخدامها.

و- لا يجوز التمييز بغير مبرر بين المسؤولين عن الجريمة

٧٤٧- ولئن كان الأصل في الجريمة، هو معاقبة كافة المتدخلين فيها فاعلين كانوا أم شركاء؛ إلا أن المشرع قد يفرض عقوبتها علي واحد من المسؤولين عنها دون غيره. ولا يعتبر هذا التمييز مخالفاً للدستور إذا كان مبرراً.

٧٤٨- وعلي ضوء هذه القاعدة، يجوز في جريمة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة القاصر، أن يقصر المشرع عقوبتها علي الرجل وحده، ولو كان قاصراً كذلك وقت ارتكابه لهذه الجريمة؛ وكان قد اتصل جنسياً بها بعد إغوائها إياه^(١).

ذلك أن التمييز بين الرجل والمرأة علي أساس الجنس، وإن اعتبر أصلاً موافقاً للدستور من خلال علاقة منطقية معقولة وواضحة بين أسس هذا التمييز والمصلحة التي يستهدفها المشرع؛ وكان يتعين بالتالي لحمل هذا التمييز، أن يرتبط بعلاقة جوهرية لها صلتها الوثقى بالأغراض الهامة التي يتوخاها^(٢). فلا يمايز المشرع بينهما وفق أسس تقوم علي التعميم، ولا سند لها من الفوارق الطبيعية لكل منهما؛ وكان التمييز في جريمة الاتصال الجنسي غير المشروع بين الرجل والمرأة القاصر علي أساس الجنس، مردد أن المرأة القاصر هي ضحيتها، والرجل هو مرتكبها. وهو بعد تمييز تؤيده مصلحة ظاهرة يستهدفها المشرع، وتظاهره ليس فقط التقاليد الاجتماعية، ولكن كذلك الحقيقة الفسيولوجية التي لا نزاع فيها، والتي تتمثل في أن المرأة وحدها هي التي تعاني آثار هذه الجريمة. فهي التي تتحمل في مقبل عمرها، التكلفة النفسية لحملها غير المشروع. وقد تولاه ضرورة الإجهاض ومخاطره. وهي وحدها التي تنوء بمسئولية تربية طفلها. وقد يلقي في عرض الطريق بالأطفال غير الشرعيين الناجمين عن هذا الحمل.

(١) Michael M.v.Superior Court, 450 U.S. 464 (1981).

(٢) Stanton v.Stanton, 421 U.S. 7 (1975); Reed v.Reed, 404 U.S. 71 (1971).

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى التمييز القائم على الجنس، لا باعتبار أن الشبهة كامنة فيه، وإنما ببنحي التركيز في مجال تقدير دستورية هذا التمييز، على الحد الأدنى للعلاقة المنطقية بين التقسيم الذي أتى به المشرع من ناحية، والنتائج التي رتبها المشرع على ذلك التقسيم من ناحية أخرى. وإذا اقتص المشرع الرجل وحده بالعقوبة التي فرضها على الاتصال الجنسي غير المشروع بالمرأة القاصر، فقد دل بذلك على توجهه إلى إثناء الرجل عن إتيان هذه الجريمة، حتى يقي المرأة للقاصر مخاطر الحمل غير المشروع.

وهي مخاطر تتحملها وحدها دون غيرها، ويزيد من وطأتها تقادم ظاهرة الحمل غير المشروع -بطريقة مأساوية- خلال العقدين الأخيرين، مخلفة وراءها آثاراً خطيرة لكل من المرأة وولدها، والدولة التي تقيم فيها كذلك. ذلك أن عدداً كبيراً من اللاتي حملن سفاحاً، أجهضن أنفسهن، والأولاد غير الشرعيين الذين نجموا عن هذا الحمل، مرشحوں في الأعم لتسليم الدولة بما يزيد من أعبائها. والمرأة وحدها هي التي تتحمل وحدها النتائج المميقة التي يسفر عنها الاتصال الجنسي بها، سواء من الناحية الجسدية أو العاطفية أو النفسية. وهي تحمل في من تكون فيها هذه النتائج قاسية عليها بصورة واضحة. فإذا اختار المشرع معاقبة المصامم الذي يعاني أكل -سبب كونه ذكراً- من نتائج سلوكه، فإن إختاره يكون مبرراً وواقعاً في نطاق سلطته التقديرية^(١).

وليس مجالاً للمنطق، أن يستبعد المشرع من نطاق التجريم، الأنثى للقاصر التي أراد أن يحميها، والتي يمثل احتمال حملها من جراء هذا الاتصال، رادعاً كافياً لها. وهو رادع طبيعي لا يتوافر عند الرجل.

وتقرير جزاء جنائي على الرجل وحده، هو الذي يتحقق فيه بشكل عام التعادل في مجال الردع بين الجنسين. ولا حاجة فيما يراه الطاعن من أن النص المطعون فيه، كان ينبغي توسيعه ليشمل كلا من الرجل والمرأة كشرط لمستوربه. ذلك أن تشريعاً محايداً بكل مساواة الرجل والمرأة في مجال الاتهام الجنائي عن الواقعة الإجرامية ذاتها -وهي واقعة الاتصال غير المشروع بالمرأة- لن يحقق الأغراض التي ابتغاها المشرع من التجريم. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تعميم الجزاء الجنائي ليشمل طرفي الاتصال، سيدفع المرأة حتماً لعدم الإبلاغ عن جريمة الاتصال الجنسي بها. ولن يكون هذا التصميم بالتالي على ذات الدرجة من الفعالية التي بلغها النص المطعون فيه.

(١) Arlington v. Metropolitan Housing, 429 U.S. 252, (1977).

ثانيهما: أن الرقابة القضائية علي الدستورية لا يحثها أن يكون النص المطعون فيه أكثر كمالاً، ولكنها تركز علي حقيقة قانونية، هي ما إذا كان هذا النص في الصيغة التي أدرغ فيها- قد التزم القيود التي نص عليها الدستور^(١). فضلاً عن أن تشريماً محلياً في هذا الاتجاه، أن يحق المصلحة التي كان يبتغيها المشرع من تنفيذه. بل إنه مما يناقض هذه المصلحة، إقرار نص تشريعي يبلغ من الاتساع درجة يصبح معها غير قابل للتنفيذ.

والقول بأن النص المطعون فيه، قد جاوز إطاره المنطقي بما توخاه من تجريم الاتصال الجنسي بالمرأة، ولو لم تصل إلي مرحلة البلوغ الطبيعي التي تكون معها قدرة علي الحمل، مردود بأن الأثني صغيرة السن تتعرض لمخاطر جنسية من جراء هذا الاتصال.

وليس من المقبول كذلك استبعاد الأثني الصغيرة التي لا تحمل، والتي تم اغتصابها من مجال تطبيق القانون المطعون فيه، وقصر العقوبة التي فرضها علي الأثني الأكبر سناً منها.

ولا وجه فيما يردده الطاعن من أن القانون المطعون فيه يفترض إغواء الرجل للمرأة للقاصر ثم اغتصابها. إذ لا يقوم هذا القانون -بحرجه عام- علي هذا الافتراض. ولكنه يعكس محاولته منع حمل الأثني للمراقبة عن طريق رادع إضافي يوجهه إلي الرجل كي يرد عنه عن الاتصال الجنسي معها. وهو اتصال لابد أن يؤتي الثمرة التي حرص المشرع علي تجنبها ممثلة في الحمل، وبمراعاة أن الرجال جميعهم البالغين طبيعة، يستوون في القدرة علي إغصابها.

ومن ثم لا يقيم القانون المطعون فيه تمييزاً أهوج متسماً بالرعية ضد المرأة. بل نقض ذلك هو ما توخاه هذا القانون من خلال أعباء يفرضها علي الرجل، ولا يلقيها علي المرأة أو تقاسمه هي فيها^(٢). ليعكس هذا القانون حقيقة أن آثار الاتصال الجنسي الذي جرمه، تنوء المرأة بأثقالها أكثر من الرجل.

٣. الضابط العام في دستورية القوانين الجنائية

٧٤٩- وعلي ضوء العرض المتقدم، نتحدد دستورية القوانين الجنائية من جهة مضمونها وصور الجزاء التي تقارنها بمراعاة ما يأتي:

(١) Kahn v. Shevin, 416 U.S. 356 (1974).

(٢) Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 690 (1973).

أولاً: أن الضرورة الاجتماعية هي التي تلهيها مادتها. فلا يؤيد الدستور قوانين جنائية تنافس هذه الضرورة أو تخل بها.

ثانياً: أن ما تحقق في مجال القانون الجنائي من تطور، يعطي أهمية كبيرة للقيم الخلقية التي لا يجوز لهذا القانون أن يفض بصره عنها بقدر اتصالها بمصالح أساسية للجماعة لها اعتبارها. كذلك فإن ما تحقق من الناحية التاريخية سواء في مجال مفاهيم الأعمال التي تكون مادة الجريمة أو القصد الجنائي المقارن لها، أو الأضرار القانونية التي تلازمها، لا يدعو إن يكون تطويرا لوسائل غايتها تحقيق نوع من التوازن بين الأغراض التي تتوخاها القوانين الجنائية من ناحية، وبين وجهات النظر المتغيرة في شأن طبيعة الإنسان من الدواحي الدينية والخلقية والفلسفية والطبية. وهي توازن بجريه المشرع ويدخل في نطاق سلطته التقديرية، كلما كان يتخله لإجراء هذا التوازن منطقياً.

ثالثاً: أن القصد الجنائي، يبلور أكثر العناصر تعقيداً في المجال الجنائي، باعتباره متصلاً بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقيم مختاراً على إتيان الفعل الموثم قانوناً. وكانت تلك الحالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي يتعين تمييزها عن العوامل الموضوعية التي تعكس مادية الفعل أو الأعمال التي ارتكبتها، والتي يكون الرجوع إليها وتقييمها كاشفاً عادة عما عنده منها، وقصد إليه من وراء مقارفتها. ومن المفترض أن الجاني إذ أراد إتيان فعل أو أفعال بذواتها، فقد قصد إلى نتيجةها، ومن ثم يكون توافر هذا القصد - فيما أتاه الجاني من أفعال - هو القاعدة العامة، وليس الاستثناء منها.

وهو استثناء لا يقوم بالضرورة، ولا يتصور عقلاً، إذا كانت إرادة الجاني تبلور انصرافها إلى إتيان أفعال محددة، بغرض إحداث نتيجة إجرامية بعينها.

وإنما يحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة، تقوم الجريمة غير العمدية على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنيانها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال يخالطها سوء التقدير، أو ينقضي عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها.

ومن ثم لأحاطها القانون الجنائي بالجزاء، مُحدداً ضابطها العام بما كان ينبغي أن يكون سلوكاً لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر معقول من التحوط (Ordinary reasonable person's standard of care). لنمثل الجريمة غير العمدية انحرافاً ظاهراً عن ذلك المقياس، يتحدد بقدره نوع الجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دولها، دائراً أصلاً -ربوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها.

فكلما أُرِداها الجاني وقصد إليها، موجهها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ماء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية. ويتعين أن يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التي تكونها، وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي أتاها.

ذلك أن مسئولية الجنائية عن هذا الخطأ، مسئولية شخصية لا تقوم إلا بتوافر أركانها *Pas de peine sans culpabilité*. وهي بعد مسئولية يحققها القاضى، ويستمد عناصرها من عيون الأورق؛ ليكون ثبوتها يقينياً -لا ظاهياً- ضماناً لصون الحرية لشخصية التي كفلها الدستور، وتوكيداً لامتناع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة التي لا يترخص أحد فى التحلل منها.

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية لا تقوم إلا على الخطأ؛ وأن صوره على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل فى انحرفها عما يعد وفقاً للقانون الجنائى، سلوكاً معقولاً للشخص المعتاد؛ وأن هذه الصور على تحدها، تثبتان فيما بينها سواء فى نوع المخاطر التي تقارنها، أو درجتها.

ويتعين بالتالى أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤشراً فى تقديره، مع بيان عناصره التي لا يجوز افتراضها، وإنما يتعين تعيينها قطعاً لكل جنل حول ماهيتها، توكيداً لالتباسها بغيرها، وتعييناً جلياً لما ينبغي على المخاطبين بالنصوص العقابية أن يأتوه أو يدعوه من أفعال.

رابعاً: لأن صبح القول بأن العلائق التي ينظمها القانون الجنائى، فى مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه، محورها الأفعال ذاتها، فى علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية؛ إلا أن مادية الأفعال التي تكون الجريمة، هي التي تستخلص محكمة الموضوع منها توافر القصد الجنائى أو تخلفه. ذلك أنها تجيل بصرها فى الواقعة التي قام الاتهام عليها، لتحدد من خلال استقرارها لعناصرها، ما قصد به الجاني من وراء ارتكابها. ومن

ثم تعكس هذه العناصر تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية. ولا يتصور بالتالى وفقاً لأحكام الدستور، أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى؛ ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التى أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

A persons' intent in any regard is to be inferred from his conduct and ordinarily can be proven only by circumstantial evidence. Regardless of whether intent is general or specific, intent is proven to the trier of facts by the conduct of the actor which represents an objective, tangible manifestation of behavior assumed to be reflection of his or her mental state.

خامساً: إذا كان الأصل فى الأفعال التى ألتاها الجانى، أن تكون تعبيراً مادياً وخارجياً عن إرادة واعية لا تنفصل عن النتائج التى أحدثتها، بل تتصل بها وتقتصد إليها، أو على الأقل أن يكون بالإمكان توقعها؛ فقد تعين على سلطة الاتهام أن تبرهن على كل واقعة ضرورية لقيام الجريمة المدعى ارتكابها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلباً فيها. وبغير ذلك لا يندم أصل البراءة التى يفترضها الدستور فى كل فرد. وهى البراءة التى لا تقوم فى غيبتها ضوابط الشرعية الجنائية ومتطلباتها فى مجال صون الحرية الشخصية وكفالتها^(١).

فضلاً عن أن أصل البراءة -وهو يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، وليس بنوع أو قدر العقوبة المقررة لها- موداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل فلا يفترضها المشرع^(٢).

وكلما قام الدليل على أن الجريمة محل الاتهام من الجرائم المعدية، فإن على المحكمة أن تتحقق فى إطار الأدلة التى تطرح عليها، من أن المتهم كان حين ارتكابها مدركاً لحقيقتها بصورة يقينية -لا ظنية- متجهاً إلى تحقيق نتيجتها.

ذلك أن الجريمة المعدية تقتضى علماً من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجتها غير التى قصد إلى إحداثها^(٣).

(١) دستورية عليا القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٩ - من ١٤٤ من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٩ - من ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) الحكم السابق.

فإن لم تكن الجريمة عمدية، بل كان قولها إهمال نوع من الرعاية التي تتطلبها
المشرع، فإن الخطأ يكون جوهرياً.

لذا لم يبين المشرع هذا الخطأ -في محتواه وعناصره- كان التجريم مخالفاً
للدستور^(١).

سادساً: مما يناقض الدستور، أن يفترض المشرع توافر القصد الجنائي في جريمة
عمدية، إذ يعتبر ذلك إخلالاً بالمهام التي تقوم عليها السلطة القضائية، وبالحود التي فصل بها
بين ولايتها، واختصاص السلطة التشريعية^(٢).

سابعاً: يتعين في الجرائم العمدية، أن يكون القصد الجنائي للجاني، معاصراً سلوكه
Concurrence of conduct and intent. ذلك أن سلوكه وحده لا يقيم هذه الجريمة.

وإنما يشكلها عنصران متكاملان، يبلور كل منهما أصداء الآخر ويمكنها A reflection
and manifestation of the other، لتنهض بهما معاً علاقة السببية بين الفعل ونتيجته.

ذلك أن الجريمة العمدية، لا تفرضها الصدفة Coincidence، ولا تقتضيها عوامل الحظ
Fortuitousness.

ثامناً: لا يجوز افتراض القصد الجنائي من خلال قرينة قانونية تحكمية. ذلك أن هذا
القصد إرادة داخلية تحتل في نفس الجاني وتحيط بما أتاه من أفعال. وهذه الأفعال وحدها هي
التي تنفي -من خلال تحليلها- بما قصده الجاني حقيقة منها.

(١)، (2) القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ ص ١٤٢ وما بعدها من
الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

الفصل الخامس

القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها

المبحث الأول

شروط الإخطار في القوانين الجنائية

٧٥٠- تقيد القوانين الجنائية الحرية الشخصية بصورة خطيرة. ويتمين بالتالي أن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بمضمونها حتى لا تخفى عليهم حقيقتها.

ويعتبر هذا الإخطار شرطاً جوهرياً في النظم الجنائية جميعها، وتردده كذلك قواعد للقانون الدولي العام. ولا يتحقق هذا الإخطار بدهاء في جريمة لم يصدر بها قانون Nullum Crimen Sine Lege، ولا في جريمة بغير عقوبة Nullum Crimen Sine Poena، ولا في عقوبة فرضها المشرع بغير قانون Nulla Poena Sine Lege.

بيد أن وجوب شرط الإخطار يظهر على الأخص في صورتين: تباور أولاهما للقوانين الجنائية التي طال إهمالها من خلال التخلي عن تطبيقها فترة طويلة من الزمن، وثانيتهما القوانين الجنائية التي يشوبها الغموض، وذلك كله على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

للقوانين الجنائية التي طال زمن التخلي عنها

The Concept of Desuetude

٧٥١- تفترض بعض النظم القانونية أن التخلي عن تنفيذ بعض القوانين الجنائية لفترة طويلة من الزمن تتصل حلقاتها بغير انقطاع، هو إلغائها بصورة ضمنية.

فإذا عاد القائمون على العمل العام إلى تطبيقها، بعد أن وقر في أذهان المخاطبين بها، زوالها، كان ذلك تنفيذاً انتقائياً لهذه القوانين يخل بشرطي الوسائل القانونية السلمية، والصاية القانونية المتكافئة. ذلك أن تطبيق تلك القوانين التي طال إهمالها، مؤداه إخضاع هريق من المواطنين لأحكامها، وإعفاء آخرين من مطوتها، بما يخل بتماويلهم أمام القانون، ولا يقر إخطاراً كافياً بأن القوانين الجنائية للنامية أو الهامدة، لا تزال تطل برأسها، لتقبض بمخالفها على المخالفين لها.

بل إن يقاط القوانين النائمة من غوتها، أو إحيائها من جديد بعد هودها، يجعل في ثره القوانين الجنائية التي يشوبها الغموض.

ذلك أن غرض هذه القوانين يحول القائمين على تطبيقها، تنفيذها بطريقة انتقائية. كذلك فإن إنفاذ القوانين الجنائية الخامدة، موداه أن هذه القوانين سراً كان قدر وضوحها في لغتها وطريقة صياغتها- لن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بنواهيها. ذلك أن إلقاءها في زوايا الإهمال والتجاهل، يناقض بعثها من جديد، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي يقوم تطبيقها على التحكم، كليهما يناقض شرط الإخطار الكافي بمضمونها، ويخل بالمعاملة القانونية المتكافئة التي لا تجيز التمييز بين مراكز قانونية تتحد عناصرها، من خلال يد شريرة تفرق بينها^(١).

المطلب الثاني

القوانين الجنائية من جهة غرض معاليتها

٧٥٢- تقتضي الوسائل القانونية السليمة في جرائنها الإجرائية، أن تصاغ القوانين الجزائية على نحو يكون مبنياً عن حقيقتها ونطاق تطبيقها، وبما يوفر إخطاراً كافياً Fair Notice بأوامرها ونواهيها.

فلا يلاحق أحد عن أفعال لم يجرمها المشرع؛ ولا عن أفعال أغفل تقرير عقوبتها التي لا ينفصل التجريم عنها؛ ولا أن يجهل المشرع بالأفعال التي أثمها، فلا يكون بديانها جلياً، ولا تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل منبهها خافياً. ومن ثم يلتزم معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بطو مداركهم، ولا يتسمون بالحدارها، وإنما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يقفون من للنصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حسهم طريقاً إلى التخبط في شأن صحيح مضمونها ومراميتها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحدد مقاصدها منها بصورة ينصم بها كل جدل حول حقيقتها، مما يفقد هذه للنصوص وضوحها ويقيدها، وهما مطلبان فيها؛ ويجعل تطبيقها من قبل القائمين على تنفيذها عملاً انتقائياً، ينفذون فيه بأموالهم ونزواتهم الشخصية، بما يبلور في النهاية خياراتهم التي يتصيدون بها من يريون، فلا تكون القوانين الجنائية غير شرعية لا بأمن أحد معها مصيراً، وليس لأهم بها من نذير^(٢).

(١) يقول الدكتور شريف بسوي في صفحة ٥٨ من مؤلفه في شأن القوانين الجنائية الموضوعية أن من الأفضل وضع قاعدة عامة في شأن القوانين الجنائية التي طرأ زمن لتخلي عنها، حاصلها أن تعتبر هذه القوانين ملغاة ما لم يتدخل المشرع ليعيد إقرارها من جديد.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعد رقم ٤٧-هـ ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

يؤيد ذلك أن القوانين الجنائية تنال من الحرية للشخصية بطريق مباشر أو غير مباشر، بالنظر إلى القيود التي تفرضها عليها. وهي قيود خطيرة في مداها. وقد تصل إلى حد إرهاب أو إرهاب الحق في الحياة. ويتعين بالتالي -ضمنان هذه الحرية ولإرساء أبعادها التي تعلمها طبيعتها- أن تكون درجة اليقين في القوانين الجزائية أظهر منها في غيرها من القوانين، فإذا لم تتوالى فيها خاصية اليقين هذه، شابهها التجهيل وفي ذلك إلماس لحقيقة الأفعال التي قام التجريم على أساسها.

٧٥٣- وسواء اتصل هذا التجهيل بأحد عناصر الأفعال التي أثمها المشرع أو بمكوناتها جميعا أو بتعيين مكان وقوعها إذا كان حدوثها في مكان معين، شرط لتجريمها، فإن محورها أو مكان وقوعها بظل مشوبا بالفوض، بما يناقض الشرعية الجنائية التي تفترض مقابيس صارمة في مجال ضبطها حتى لا تتداح معانيها أو تنفوط. وتعين بالتالي أن تستلهم هذه القوانين الحقائق التي تصاغ على ضوئها، والتي تتمثل عليها فيما يأتي:

أولاً: أن القيود على الحرية للشخصية لا تعتبر أصلا فيها. وكلما كانت القوانين الجنائية مصدرا لهذه القيود، فإن المخاطر التي تتهدد بها الحرية للشخصية قد تصل في مستوياتها إلى حد اقتلاع هذه الحرية من مابتها.

ويتعين بالتالي أن تكون هذه القيود جلية في مضمونها، لأنها تحدد نوازح علينا أن نتجنبها، وأفعالا لا يجوز تركها. ذلك أن القيود الجنائية تتعلق بفعل أو بامتناع عن فعل. ويتعين بالتالي إيضاحها بأكثر قدر من التحديد.

ثانياً: أن غموض القوانين الجنائية، يحررها من الضوابط المحددة لنطاق تطبيقها. فلا يبصر القائمون على تنفيذها مجال سريانها، ولا تظهر هذه القوانين عملا في الصورة التي أرادها المشرع منها بالنظر إلى فهمها على غير حقيقتها.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن غموض النصوص الجنائية، مؤداه ألا يبصر القضاء حقيقتها، وإنما يطبقونها في صورة تختلط ألوانها وظلالها، فلا يكون هذا التطبيق قائما على قواعد صارمة معانيها، قاطعة دلالتها. ليظهر القضاء عملا وكأنهم يشرعون يختارون بأنفسهم لكل جريمة أركانها.

وفضلا عما تقدم، فإن لغموض النصوص الجنائية مخاطر لا يستهان بها، أهمها أن الذين أخطأوا فهمها من المخاطبين بها، قد يبعدون عن مباشرة أفعال داخلتهم شبهة تأنيبها، وإن أجازها القانون بمعناه العام. فلا يكون موقفهم من هذه النصوص غير تخط في حقيقة

معانيها، بما يعطل الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، وأهمها ردع المخالفين لنواهيها وحملهم على اللزوم عليها.

ثالثاً: وإن كان غموض النصوص الجنائية Vagueness. مؤداه التجويز بكنهها واضطرابها في تحديد حقيقة نواهيها، فإن تميمها Overbreadth يفيد اتساع عباراتها وفرطتها، واتساح دائرة تطبيقها، ليعتدل ما هو مشروع من الأفعال، بما لا يجوز منها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين من ناحيتين:

أولهما: أن اتساع النصوص العقابية في عباراتها، مؤداه تعدد تأويلاتها، وانجرافها لتأكل في طريقها حقوقاً كلها الدستور لأصحابها، كحرية التعبير والحق في التنقل.

ثانيتهما: أن اتساعها -بالنظر إلى اتساع عباراتها وانفراد قوالبها- حقوقاً كلها للدستور، مؤداه أن تتشكل السلطة القضائية بنفسها، لتحدد بمعايير تصطفها، نطاق الدائرة التي تتصور أن المشرع قد قصد إلى تجريم الأفعال الواقعة في محيطها، لتحل إرادتها في لتجريم محل إرادة السلطة التشريعية. فلا تنقرر الجريمة بقانون، ولا بناء على قانون. وإنما يكون التأييم صلاً قضائياً، بما يهدم الحدود التي فصل للدستور بها بين ولاية كل من هاتين السلطتين.

رابعاً: وسواء تعلق الأمر بغموض النصوص العقابية أو بلاتينها، فإن ثمة حقائق قانونية لا يجوز إغفالها، هي:

١. أن ما يصيبها من عوار غموضها أو تميمها، يتعين أن يكون عيباً كامناً فيها، ليردك في مصدره إليها، لا إلى طريقة تطبيقها أو كيفية فهمها.

ذلك أن النصوص الجنائية التي حدد المشرع نواهيها بصورة قاطعة، وبين معانيها بما لا يؤذن بتدخلها في منطقة أباحها الدستور والقانون، أو تشابكها معها، لا يجوز تعييبها دستورياً، ولو أخطأ المخاطبون بها، أو القائمون على تطبيقها فهمها، أو أساءوا تأويلها.

٢. أن غموض النصوص العقابية أو تميمها، يجمعها انفلاتها عن الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية في انتقائها لأفعال بذواتها تندر خطورتها على نظم الجماعة وقيمها.

٣. كذلك فإن خفاء معانيها أو اتساعها، مؤداه أن المخاطبين بها لا يتلقون من السلطة التشريعية إخطاراً كافياً بحقيقة نواياها. في ذلك تهديد الحرية الشخصية التي يتعين أن تكون

التقيد التي تفرضها القوانين الجنائية عليها؛ قاطعة مضاميدها؛ جلية عباراتها بما لا يلبسها بغيرها^(١).

٤. أن تحديد الجرائم وعقوباتها، وإن كان مما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع في مجال تنظيم الحقوق؛ إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور، التي لا تجيز تقييد حقوق المواطنين أو حرياتهم إلا في حدود ضيقة تستلزم تخومها من الضرورة الاجتماعية التي تفلور الدائرة التي تعمل الحرية المنظمة في إطارها^(٢).

The essential purpose of a Constitution is to afford the maximum opportunity for individual freedom within a scheme of ordered liberties.

ذلك أن مناط دستورية النصوص العقابية، هو إيلاتها عما هو جائز وعما يكون محظورا، وليس انضمامها في معانيها، واختلاطها بغير الدائرة التي تعمل فيها، غير عدوان غير مباشر على الحرية الشخصية، يزيد دون مقتضى من نطاق التقيد التي تفرض عليها.

يؤيد هذا النظر، أن النصوص العقابية التي تجهل بالأفعال موضوعها، أو التي ترددها إلى غير المجال المنطقي لتطبيقها، شأنها شأن النصوص الجنائية التي تطبق على أفعال لم تكن وقت ارتكابها، معاقبا عليها. ذلك أن مخاطر هذه النصوص في هاتين الحالتين، واحدة لأنها تأخذ المخاطبين بها بأفعال كانوا غير ملزمين بعواقبها، بما يناقض مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها كآصل في النظم الجنائية جميعها.

خامساً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة، يفترض في النصوص الجنائية أن تكون صريحة في بيان الأفعال التي جرمتها حتى تخطر للمخاطبين بها - بصورة كافية - بمظاهر سلوكهم التي يتعين عليهم تجنبها. ولا يجوز بالتالي أن تتخبط مفاهيمها بين الحل والحریم، لينبهم على أوساط الناس إدراكها، بما يجعلهم يختلفون في موقفهم من نطاق تطبيقها. إذ ليس من السياسة الجنائية في شيء، أن يتصيد المشرع أشخاصاً غير حذرين بطبيعتهم The unwary لا يستبصرون مخاطر غموض النصوص الجنائية أو تسيبها. ويقعون بالتالي في حيلاتها.

سادساً: أن للمساير جميعها، تتوخى أن تكفل لمواطنيها، أكبر الفرص التي يباشرون من خلالها حرياتهم، في إطار من الحرية المنظمة^(٣).

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٧ - ص ١٥٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes, 1974, P. 40.

(٣) Winters V. New York, 333 U.S. 507, 515-16 (1948).

ويتعين بالتالى أن تعرض الجهة القضائية أكثر صور رقابتها صرامة على القيود التى يوردها المشرع فى شأن حرياتهم هذه، ليس فقط من جهة مضمون هذه القيود أو محتواها؛ ولكن كذلك من ناحية درجة اليقين التى تطرحها، والتى لا يبدل عنها حتى يوفق المخاطبون بها سلوكهم معها.

سابعاً: أن العقوبة الجنائية -رإنظر إلى طبيعتها- لم تكن عبر مراحل مختلفة من التاريخ، غير أداة للطغيان والاضطهاد، يوجهها المستبدون فيما وراء أغراضها الاجتماعية، لتعبر عن إرادتهم فى التدخل على الآخرين، وعن مفاهيمهم فى التحرش بخصومهم والبطلان بهم.

وظل الطغاة فى مواقعهم لا يريمون عنها، وازدادوا بها علواً حتى بعد اجتياحهم حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال العقوبة التى لوئوها بأهولتهم.

بيد أن تطوراً عميقاً طرأ على المفاهيم القديمة لتحل محلها قيم مختلفة، أهمها الإيمان بأن للحياة قسماً؛ وأن الحرية ألقاها وحرمانها التى لا يجوز أن تخلل موازينها؛ وأن الطبيعة المدنية للحقوق الأساسية لكل فرد، لازمة التمكين منها والعمل على صونها؛ بما يحفظ للذات كرامتهم فى مواجهة سوء استعمال العقوبة، وتحرير أهدافها أو تشويبها.

وقد آل تراكم هذه القيم وتماسكها، إلى خلق أنماط جديدة للحياة نبنتها الأمم المتحضرة فى مظاهر سلوكها، وعلى الأخص من خلالها حزمها فى ضبط الأعمال التى تجرمها العقوبة بما يحكم معانيها فلا تنفرد؛ وبما يخلق نطاق تطبيقها على الدائرة المقصودة أصلاً؛ منها؛ وعلى نحو يكفل إخماد الجناة المحتملين، بطبيعة هذه الأعمال ونتائجها فلا تتحدق أوبها فى صورة جامدة، ولا تنمرد صيغها على حكم العقل؛ ولا تتدخلها نزوة تحرفها عن مقاصدها.

ذلك أن التعجيل بالأعمال التى تؤمنها النصوص الجنائية، مؤداه ألا تجلبها حتى الأسوياء الذين يلتزمون بحكم القانون، ولا يصون لأمره.

وإن يصير للقضاة والمحققون كذلك حقيقة الجرائم التى يؤخذ المشرع المتهمين بها. ومن المقصود بالتالى أن يضطربوا فى فهم أركان الجريمة التى منعهم الدستور من مقاضاة المتهم عنها أكثر من مرة. Double Jeopardy

وفضلاً عما تقدم، فإن غموض النصوص الجنائية، مؤداه فهمها على أكثر من وجه. وفى ذلك إخلال بضوابط المحاكمة المنصفة التى لا يستقم تطبيقها بغير الوسائل القانونية

المسلمة، وعلى ضوء القواعد القانونية عينها، وبما لا يخل بموازين العدل حتى فيما بين المتهمين أنفسهم.

ثامناً: أن جريمة احتجاز لجان نقصى الحقائق التي يشكلها البرلمان، والتي يدان بها الأشخاص الذين يرفضون الإجابة على أسئلتها؛ تفترض أن يكون موضوع التحقيق واضحاً حتى لا يتخبط أوساط الناس في فهم محتواه، وحتى تتعلق به الأسئلة التي توجهها هذه اللجان إلى من تستدعيهم للشهادة أمامها.

ولا كذلك أن يكون موضوع التحقيق مستعصياً على التحديد الجلي المستقيم. إذ لا يتصور أن يدان بجريمة احتجاز هذه اللجان، من يرفضون الإجابة على أسئلتها في شأن تحقيق تتكلم عن عناصره، أو يلم عليهم فهم المسائل التي يتناولها. كذلك لا تقوم جريمة احتجاز هذه اللجان، ولو كان موضوع التحقيق جلياً، إذا كانت أسئلتها لا تتعلق به.

تاسعاً: وليس أشد خطراً على حقوق الأفراد من القوانين الجنائية التي شابها الغموض. ذلك أن التباسها عليهم يحملهم على التحوط من الوقوع في مغالبتها، والتخلي بالتالي عن كثير من حقوقهم وحرياتهم كحرية التعبير، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

لا يجوز أن تترافق النصوص العقابية -من خلال انتفاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها- حقوقاً كالها الدستور، كالحق في التنقل؛ أو ضمنها القانون الدولي العام- كالحق في أن تباشر السفن الأجنبية حق المرور البريء The right of innocent passage في البحار الإقليمية؛ وحق المرور العابر The right of transit passage في المضائق الدولية؛ وحرية الملاحة البحرية في المناطق البحرية الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية^(١). ذلك أن التجهيل بالنصوص العقابية، يجعل القضاء مكلفين بتحديد معناها ونطاق تطبيقها، لتحل إرادة القضاء محل إرادة المشرع فيما لا شأن لهم به.

وفي ذلك خروج بالقوانين الجنائية عن حقيقة مهامها التي تنحصر في تحديد دائرة المخطئين بها تحديداً قاطعاً لمنعهم من أفعال لا يجوز اجتماعياً لتسامح فيها بالنظر إلى تحذيرها على حقوق وحرمان لا يجوز الإخلال بها؛ وإخلالها كذلك بالقيم التي ارتضتها الجماعة أسلوباً لحياتها، وتأكيداً لحقيقة أن القوانين الجنائية لا يجوز للنظر إليها، باعتبارها

(١) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مسورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤- للقاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، وإنما توفر هذه القوانين لتلك الحرية مجالاتها الحيوية من خلال صور الجزاء التي تفرضها على من يتحتمون أبوئها. وفي ذلك ضمان لفعاليتها.

عائراً: أن وضوح القوانين الجنائية؛ وإن كان مطلوباً لتقرير دستوريته، إلا أن هذا الوضوح يتعين أن يتوفر كذلك في غيرها من القوانين التي لها صفة الجزاء، ولو لم يكن جنائياً. ذلك أن جميعها ينبغي أن تحدد على وجه اليقين، نطق الأعمال التي يفرض وقوعها، إلى الجزاء المنصوص عليه فيها^(١).

(١) Jordan v. De George 341 U.S. 223 (1951).

الفصل السادس

إجراءات ما قبل المحاكمة

المبحث الأول

تقييم عام لهذه الإجراءات

٧٥٤- تصاغ القوانين الجنائية الإجرائية لضمان الفصل في الاتهام الجنائي بطريقة منصفة إلى حد النظر إلى هذه القواعد -أحياناً- بوصفها قانوناً لحماية المتهمين.

وإن كان مضمونها في الدول الديمقراطية يغير نظيراتها في الدول الشمولية أو الديكتاتورية التي تمنح الأهمية الأكبر، والأولوية الأولى، لأوضاع مجتمعاتها، ولضرورة ضمان استقرارها وتحقيق مصالحها في القبض على الجناة وإدانتهم.

وهي نظرة منقذة. ذلك أن مكافحة الجريمة، وإن كان مطلباً للدول جميعها على تباين اتجاهاتها ومذاهبها، إلا أن معيها لتحقيق هذا الغرض، توازنه حقائق العدل التي يتعين فرضها، وقيم الكرامة الإنسانية التي لا يجوز التفریط فيها.

وهو ما دعا الدول الأكثر حرصاً على هذه الحقائق، وتلك القيم، إلى جعل نظمها الجنائية اتهامية في طبيعتها، وليس مجرد نظم تكتيبية تطارد المشبوهين وكأنهم للجناة.

وإلى قواعد القانون العام ترد جملة القواعد الإجرائية المقررة لمصلحة المتهم، ويُلَدرج تحتها ألا يدان متهم بغير قرائن ظرفية متسلسلة تؤكد ارتكابه للجريمة؛ وألا تزر الجريمة التي ارتكبتها وزرين، وأن يفترض تولف أصل البراءة فيه ما لم يكن قد أُدين عن الجريمة بحكم بات.

ولا يجوز بالتالي أن يدخل في زمرة المجرمين قبل صدور هذا الحكم؛ ولا أن يدان عن الجريمة التي اتهم بها بناء على مجرد الشبهة؛ ولا أن تكون القرائن الظرفية التي تحيط بالجريمة، متهافة أو يناقض بعضها البعض؛ ولا أن يعتبر مسئولاً عن الجريمة على ضوء واقعة يفيد منها، ولكن الدليالة لم تكشفها، بل أخفتها.

وهذه القواعد -وما هو على شاكلتها- عليها أن الاتهام الجنائي يطرح خصومة بين طرفين غير متساويين هما النيابة بمواردها وسلطاتها التي تتركز فيها عناصر قوتها، والمتهم المائل لأماتها، وهو دونها في الوسائل التي يملكها لحض الاتهام.

إلا أن شرط الوسائل القانونية السليمة يوفر قرأً من التوازن في الحقوق بين الطرفين. ويتحقق هذا للتوازن من خلال حد أدنى من الحقوق التي يكفلها الدستور لكل منهم، من بينها أن يكون محاكمة إلى جانبه في مرحلة المحاكمة بكل أجزائها، وكذلك في المرحلة الحرجة التي تنقسمها، وألا يحمل على الشهادة بما لا يريد؛ وأن يولج شهود النيابة بشهود من عنده، وأن يجرح شهودها ليثير شكلاً معقولاً ولمصدقينهم؛ وألا يفلأج بواقعة تعزز مركزه في نفي التهمة، ولكن النيابة أخفتها.

المطلب الأول

أهمية الإجراء في المواد الجنائية بوجه عام

٧٥٥- وبكل التجربة علي أن مجرد الاتهام بالجريمة قد يلحق بالمتهم أضرار الأضرار وألحقها. ذلك أن الاتهام بها، وإن كان مختلفاً عن الدليل علي ارتكابها؛ إلا أن الجماهير في توترها من الإجرام، وغضبها وثورتها علي الجناة، كثيراً ما تحيط المتهمين بالأون من المعاناة، وبأجواء من القهر يعيشونها دون ما جريرة، وكأنهم مذنبون بالاتهام Guilt by Accusation، ولو كان بخير دليل. وليس ذلك غير نكول عن العذل يسحق المتهم بغير دفاع من جانبه.

وقد يحبس المتهم احتياطاً حتى يحاكم ما لم يقدم كفالة للإفراج عنه. وقد يفقد عمله، أو يصد قرار بوقفه عن مباشرته. وقد يثار الخبر حول نزاعته، وتتغير علاقاته العائلية والمأطفية أو ترتد علي أعقابها. وعلي الأخص إذا كان محترفاً لمهنة يقوم الاختيار فيها علي حسن السمعة، فالبؤك لا يعينها غير طهارة العاملين فيها ونقاء سيرتهم. فإذا اتهم أحدهم بالاخلاص، فقد وظيفته بها بغير تردد. والاتهام في الصور المتقدمة جميعها، بقعة سوداء لا يزيلها المتهم إلا إذا بذل جهداً متواصلاً لرفعها. والحقوق الإجرائية الكاملة التي تكفلها للمساتير للمتهمين، هي وحدها الضمان لإصنافهم ولتحقيق العدالة في محاكمتهم.

ويفترض بالتالي في كل إجراء يتخذ قبلهم أن يكون مقرراً من أجل الوصول إلي الحقيقة، كافيلاً موازين الاعتدال في غير انفعال، وبعيداً عن التحكم.

وعلي ضوء هذه الموازين لا يجوز أن ينتزع دليل قهراً؛ ولا أقصر تطبيق الوسائل القانونية السليمة علي المتهمين. ذلك أن مفاهيمها تحيط بالقضاء والمحلفين وبالمشرعين، علي تقدير أن كل ضمانات إجرائية، لها صلة وثيقة بحقائق العذل التي لا يجوز التفريط فيها. وهو ما تؤكد قراءة وثائق إعلان الحقوق التي تكل أحكامها علي أن غالبيتها من طبيعة إجرائية.

بل إن الإجراء -كلما كان منصفاً- هو نقطة الفصل بين النزوة وإعمال حكم القانون.

والقواعد الإجرائية في تطبيقها المباشر، هي التي تكفل عدالة متكافئة ظلها القانون. Equal Justice Under Law. ومن ثم كانت العدالة الإجرائية، عنصراً رئيسياً في مفهوم الوسائل القانونية السليمة.

وإذا كان القضاء يترددون كثيراً في إبطال القوانين الجنائية الموضوعية بالنظر إلى تعلق محلها في كثير من الأحيان بالسياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع في كثير من الشئون التي يحيط أكثر من غيره بها، كتتظيم الاقتصاد؛ إلا أنهم ينفرون سريعاً لمواجهة كل خلل في القواعد الإجرائية التي فرضها^(١). بل إن ضمانهم للحرية الشخصية، يقتضيهم تطبيق هذه القواعد في مجموعها، فلا يؤخذ ببعض جوانبها. وإما النظرة الكلية الشاملة لكافة مفرداتها، هي التي تعينهم على إدارة العدالة الجنائية وفق متطلباتها^(٢).

وإذا كان الناس بوجه عام يختلفون حول السياسية التشريعية الضريبية مثلاً، إلا أنهم يلتفتون حول حقيقة لا نزاع فيها، حاصلها أن القواعد الإجرائية التي لا تحكم فيها، هي المدخل إلى إنصافهم والطريق إلى ضمان عدالة منصفة، في مواجهة سوء استعمال السلطة البوليسية التي لن يكبحها غير شرط الوسائل القانونية السليمة، وحيدة القضاء واستقلالهم.

والناس جميعهم يدركون مخاطر قرع الشرطة لأبوابهم في ظلمة الليل، واستجوابهم لهم بصورة مرهقة بما يحطم إرادتهم، ومداومتها منازلهم بغير إذن تفشيش، وتقييدها لحريتهم الشخصية في أماكن الاحتجاز التي تودعهم فيها.

ويستنهضون بالتالي من التصور، كل الحقوق التي تكفل حسن معاملتهم. فلا يدانون بغيا، ولا تدار العدالة الجنائية علي نحو يؤذن بانحرافها عن غاياتها.

فالحقوق التي تكفلها الدساتير، مقررّة للناس جميعهم أشقيائهم وأبرائهم. والقواعد الإجرائية تظل أفضل الرجال وأسوأم. فالعدالة للناس جميعهم، وهم متساوون قبلها ليس فقط

^(١) فالمشرع مثلاً قد يضع حداً أعلى للجور لا يراه قديماً خطيراً على حرية التعاقد بناء على مصلحة عامة يتسرها. وقد ينظر إلى تصرفه كسياسة تشريعية حكيمة. ولا كذلك إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة أو في أن يمثل بشخصه في كل إجراءاتها.

^(٢) وشبهه بذلك ما هو مقرر في قضاء محكمة النقض من أنه إذ قام الحكم المطعون فيه على قرائن متسائدة، ثم ظهر فساد بعضها أو إحداها، فقد تعين نقض الحكم إذ لا يعرف مبلغ الأثر الذي كان للدليل الباطل على تكوين عقيدة محكمة الموضوع.

لأنها أكثر ملامة أو أكثر فاعلية، وإنما كذلك لأن كل مواطن في كنفها يحيا آمناً مطمئناً، ومتمتعاً بكل أوجه الحماية التي كفلها الدستور والمشرع.

المطلب الثاني

أهمية الإجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة

٧٥٦- ولو أطلق رجال الشرطة أيديهم لتتال من كل حزمة، لصار القاتلون هشياً بفطهم. وتلك مخاطر جسيمة أن يحتملها أحد. وإن يقوم بها مجتمعهم سوياً، لينهار عمداً. وليس ردع المجرمين هدفاً وحيداً للقانون الجنائي. ذلك أن صون كرامة الإنسان في إطار الحرية المنظمة، من أغراضه.

وتحيط الوسائل القانونية السليمة بتطبيق القانون الجنائي. وهي وسائل لها من مرونتها ما يكفل مواجهتها لصور مختلفة من العدوان على الحرية الشخصية. ولا تتحد بالتالي ضوابط تطبيقها. فالأحداث يختلفون في مستويات هذا التطبيق عن البالغين. ومفهومها في المراحل السابقة علي محاكمة المتهمين، غير أبعادها بعد إدانتهم.

ولكنها تتطلب في كل صور تطبيقها أن يكون إنصافها من سماتها الرئيسية. ذلك أن طلبها وإن كان حقاً مطلقاً، إلا أن نطاق تطبيقها ليس موحداً. ولا يجوز بالتالي حبسها أو اعتقالها في مفاهيم جامدة. إذ هي في كل صورها نتاج العقل والحقائق التاريخية والسوابق القضائية؛ وحصاد نوع المصالح التي تولجها؛ وتعند البديل التي كان يمكن إحلالها محل الإجراء المتخذ؛ ونقطة التوازن بين مزاياه والأضرار المترتبة عليه. وجميعها عوامل بيد القاضي للنظر فيها ولو اتخذ الإجراء وقت التوتر أو الأزمة.

ذلك أن. الحقوق الجوهرية التي نملكها في إطار الوسائل القانونية السليمة، لا يجوز إرجاؤها. ولا يعتبر حق الناس في الأمن، نافعاً لطلبهم تحقيق الحرية وفرض متطلباتها.

والإصرار علي الحرية ليس نقض الأمن، ولا مؤدياً إلي هدم الأسس التي يقوم عليها قوة الأفراد في مجتمعهم أساسها حريتهم. ولا زال عنصر الإجراء في القاعدة القانونية أكثر أهمية من مضمون هذه القاعدة ذاتها. ذلك أن الإجراء ضمان للحرية.

والقوانين الجنائية في جوانبها الموضوعية -وإيا كان قدر سونها- يجوز التعميش معها لو أحسن تطبيقها بصورة محايدة.

ولو خير الناس بين تطبيق قوانين منصفة بمفاهيم النظم الشمولية، وتطبيق قوانين سيئة بمفاهيم النظم الديمقراطية، لكن عنصر الإجراء نقطة التفاضل بين هذين النوعين من القوانين. ذلك أن الإجراء -سواء كان منطقياً- ينفذ عن القوانين الشمولية معانيها. فإذا كان الإجراء ولقما في غير نطاق الوسائل القانونية السليمة، فإن القوانين التي يتصل بها الإجراء -سواء كان قدر موضوعيتها- تفقد مزاياها. فلا يكون تطبيقها إلا موازياً في الأثر لتطبيق القوانين الشمولية بوسائل قمعية^(١).

المطلب الثالث

مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة

٧٥٧- وفي النظم الفيدرالية، يثور سؤال هام وخطير حول القيود التي يجوز أن يفرضها شرط الوسائل القانونية السليمة، على الطريقة التي تدبر بها كل ولاية محاكماتها الجنائية^(٢).

ذلك أن كل ولاية -وفيما عدا الجرائم التي تنشئها السلطة الاتحادية- تختص بتحديد كل ما يعتبر جريمة في نطاق إقليمها، مقيدة في ذلك بالضوابط التي يفرضها الدستور عليها، ومن بينها عدم جواز إقرار قوانين جنائية رجعية الأثر؛ وعدم جواز عقاب شخص بغير محاكمة؛ وعدم جواز حرمان أحد من الحق في الحرية أو الحياة أو الملكية بغير للوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في ذاتها محصلة تاريخية A historic product تركت في جنورها الأولى إلى الفصل ٢٩ من الماجنا كارتا Magna Carta^(٣).

(١) David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, pp. 3-24 (1976).

(٢) في قضية Rochin, v. California 342 U.S. 165 (1952) ضد ولاية كاليفورنيا كل بعض معاولي مروض الشرطة بولس انجلوس، قد تلقوا بعض المعلومات التي تفيد بتجار روشين في المواد المخدرة، فتوجهوا في صبيحة أول يوليو ١٩٤٩ إلى منزله، فوجدوا باب الخارجي مفتوحاً فدخلوه. ثم اقتصموا باباً يؤدي إلى غرفة نوم التي أسفر نفضتها عن وجود كبسولتين على منضدة مجاورة لسريره. رحين مثل عنهما، قام بابتلاعهما، فلكل رجال الشرطة فوراً محاولين استخراجهما من فمه، إلا أن استعمال القوة من جانبهم لم يجد نفعاً بسبب المقاومة التي أبداهما، فلفقتوه إلى مستشفى حيث قام أحد الأطباء -سواء علي. طلب شرطى- بإفغال محلول إلى محته وضد إرادته، فاستقرغ ما فيها مختلطاً بالكبسولتين اللتين تبين فيما بعد، احتواءهما على مادة المورفين. وقد اصتربت المحكمة العليا للولايات المتحدة هذا الإجراء، تمييزاً فجاً منافيًا للقيم الإنسانية ومصلحاً للشعور العام.

(٣) في هذا الفصل وعد الملك جون بأن الرجل الحر لن يؤخذ أو يمسح أو ينفى أو يدمر على أي نحو، ولا أن يتسلط عليه أحد، ما لم يكن ذلك بمقتضى حكم مشروع يصدر عن نظرائه his peers أو بمقتضى قانون البلد.

ومرد ذلك أن الوسائل القانونية السلمية تملور مجموع الحقوق القائمة على القيم الخلقية، والتي تصل في عقمها إلى حد اعتبارها جزءاً من التقاليد التي تربط الدول بمجتمعاتها، والفائدة كذلك في وجدان شعوبها بما يخططها من الأفكار التي تحدد ما يعتبر منصفاً Fair وحقاً Right وعدلاً (١).

وتفرض المحكمة الأعلى في الدولة الفيدرالية رقابتها على مسار المحاكمة، وكذلك في شأن القواعد الإجرائية التي تحيطها، والتي يعتبر الحكم بالإدانة خاتمتها، حتى تستوئق بنفسها من ضمان مفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة. ذلك أن شرط الوسائل القانونية ارتباط في كثير من تطبيقاته بكل ضمانات إجرائية تكفل حقوق المتهمين. وهي بعد ضمانات لا تستقل السلطة التشريعية ببيان حدودها، وإنما هي قيد عليها وعلى السلطتين التنفيذية والقضائية كذلك. ولكل الأشخاص حق في هذه الوسائل التي لا تقوم العدالة بدورها سوى على قدميها. وليس ثمة صياغة موثوق بها تتحدد على ضوئها معايير هذه العدالة، ولا ضوابط تطبقها، وإن تعين القول بأن هذا لشرط ضمانات إجرائية ضد سوء استعمال السلطة والتحكم. وهو كذلك ضمانات مركزة تحبر للسلطات عنها بصورة موجزة؛ وإن كان هدفها ضمان الحصانة للشخصية التي تقتضيها الحرية المنظمة (٢).

وغموض نصوص الدستور أو خفاء معانيها ليس بشيء يدعو إلى الأسى. فالكلمة رمز لشيء، وهو تفصح عن نفسها من خلال حاشية لا تكون تاريخية أو غير تاريخية، وعلى ضوئها يتحدد معناها.

ويعتبر شرط الوسائل القانونية السلمية من أكثر الشروط خفاء في مجال تحديد معناه، وأكثرها شمولاً على نطاق صور الحرية التي يكتفلها. بيد أن غموض هذا الشرط لا يطغى أن يبتدع المحكمة من عندها مفاهيم تنسبها إليه، تعكس بها وجهة النظر الشخصية لقضايتها، وأن كان عليها أن تنظر لكل حالة على حدة، وأن تحدد لهذا الشرط معناه على ضوء ظروفها وما

(١) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937); Solesbee v. Balkoon, 339 U.S. 9 (1950).

(٢) من تطبيقات هذا الشرط، أن التقيض أو التفويض غير المبرر، يدخل المضرور الحق في التعويض والحصول على غير ذلك من أشكال للترضية القضائية التي يكتفلها الدستور أو المشرع.

Monroe v. pape, 365 U.S. 658 (1961).

ومن ذلك ما تلص عليه المادة ٥٧ من الدستور المصري من أن كل عنوان على الحقوق والحرريات المنصوص عليها فيه، يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى العمومية الناشئة عنها بالانقضاء، فضلاً عن حق ضحايا هذه الجرائم في الحصول على تعويض من الدولة.

يحيط بها تقاليد، ووفق طبيعة المصلحة التي وقع الإخلال بها، وكيفية خرقها، والبدائل المتاحة عن الإجراء المتخذ، وحدود التوازن بين أضراره وفوائده^(١).

ولئن كان مفهوم ذلك الشرط غير محدد، وليس نهائياً، إلا أن القنود التي يفرضها ترتبط بالنظرة الشاملة للنهج القضائي في بلد معين، وكذلك بتطور القانون، وبدلالة الاقتضاء العقلي. ولا يجوز القول بالتالي بأن ذلك الشرط إحياء للقانون الطبيعي، ولا تجميده عند لحظة زمنية أو فكر محدد، وإلا أل أمر الرقابة القضائية على الدستورية إلى عملية آلية لا دور للقضاة فيها. على أن يكون مفهوماً أن شرط الوسائل القانونية الملمية *Procedural due process*، ليس مجرد ضمانات إجرائية ضد التحكم والتسلط، وإنما هو كذلك ضمانات موضوعية *Substantive due process* تواجه تحكم المشرع في مجال للنصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها والتي يخل بها بحق الأفراد في الحياة أو في الحرية أو في الملكية *Arbitrary legislation*.

وكما أثر شرط الوسائل القانونية الملمية في خصومة جنائية، فإن تطبيقه عليها يقتضي تقييماً يستند إلى موضوعية التحقيق الذي تجريه المحكمة بروح علمية، وإلى عرض متوازن للحقائق التي تطرحها المحاكمة؛ وإلى تقدير متجرد للمصالح المتناحرة، وإلى ضرورة التوفيق بين متطلبات الاستقرار، وفرائض التغيير في جماعة بذاتها لها تقاليدها وقيمها وثوابتها.

ولا يتصور في الدول الفيدرالية، أن تكون لكل ولاية من وحداتها الإقليمية، مفاهيمها الخاصة في شأن الإطار العام للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام؛ ولا أن تحدد هذه الحقوق على نحو ينزل بها إلى مآدون المستويات الموضوعية التي درج العمل في الدول الديمقراطية على احترامها؛ ولا أن تختل الضوابط الكلية للتجريم بين ولايتها المختلفة كأن تقرر إحداها أثراً رجحاً للقانون. ولا يجوز كذلك أن يقرر بطلان دليل في ولاية، وأن يقبل في غيرها^(٢)، ولا أن تتسامح إحداها في قبض أو تفتيش يفقر إلى المعقولة *Unreasonable search or seizure* أو تسقط حق المضطربين من أخطاء القائمين على تنفيذ القانون في الحصول على تعويض لجبر الأضرار الناجمة عنها^(٣). فذلك كله مما يناقض الخطوط الرئيسية للعدالة الجنائية الإجرائية.

(١) Joint Anti fascist Refugee Comm. V. McGrath, 341 U.S. 123 (1951).

(٢) Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388 (1971); Bell v. Hood, 327 U.S. 678 (1946).

(٣) Foote, Tort remedies for police violations of Individual rights, 39 MINN. L. Rev. 493 (1955).

ذلك أن شرط الوسائل القانونية السليمة، وإن كان مستعصياً على التحديد النهائي لمحتواه، إلا أن تحديده -في التصور الإجمالي- يستلزم مراعاة ضوابط ومعايير للسلوك لا تنتهي إلى قرار بالإدانة بناء على وسائل تهدد معني العدالة ذاتها، كأن يقر شخص قهراً بجريمة، ولو قام الدليل على أن إقراره مطابق للحقيقة الواقعة. ولا يجوز بآلية حال إضفاء عباءة القانون على أعمال رجال الشرطة الوحشية وسلوكهم المصادم للوجدان، وإلا كان ذلك مدعاة لاحتمار القانون، وإهداراً للقيم التي يمثلها، وإنكفاء للنزعة العنوانية في الجماعة، لتسودها شريعة القوة.

وكما انتزع رجال الشرطة إقراراً بالجريمة بوسائل تفوق التصور في عدوانيتها ووحشيتها، وعلى نحو يناقض الكرامة الإنسانية، كان تصرفهم إخلالاً جسيماً بشرط الوسائل القانونية السليمة، خاصة وأن الدستور يكفل الحماية للحقوق في جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية^(١).

(١)Turner v. Pennsylvania, 338 U.S. 62 (1949); Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936); Stein v. New York, 346 U.S. 156 (1953); Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949).

وفي هذه القضية الأخيرة، عزل المشبوه بغير أن يعرض في طابور عرض لأيام عدة، وبغير أن ينه إلى حقوقه، ومع حبسه في زنزلة انفرادية، وبغير أن يتوافر له مكان للدوم سوى على الأرض، ومع أسئلة متتابعة توجه إليه يومياً فيما عدا يوم الأحد. ومع تلاوب رجال الشرطة في توجيههم لهذه الأسئلة ولتفترات تفراخ بين ثلاث ساعات وتسع ساعات ونصف في اليوم الواحد.

المبحث الثاني

مدخل عام للقبض والتفتيش^(١)

٧٥٨- يندلض القبض والتفتيش بنير مروع، حق المواطنين في تأمين أشخاصهم ومساكنهم وأوراقهم ومتعلقاتهم الشخصية من صور القبض والتفتيش غير المبررة^(٢). ولا يجوز بالتالي أن يكون أحدهما أو كلاهما مدخلا لإهدار كرامة الإنسان أو لاحتكام خواص الحياة وداخلها بطريقة يظنها للتحكم، سواء كان القلم بالقبض أو التفتيش رجل شرطة أو غيره من القائمين على تنفيذ القانون.

وإذا كان من المقرر قانونا أن للمنازل حرمة، وأن من يقرعون أبوابها من غير أهلها ويدخلونها دون إذن منهم، إنما ينتهكونها، وكان الأصل في حقوق الإنسان أنها تعبر عن أحوالها في كل العصور، فلا يتقيد إغذاها بزمان معين، ولا بجبل دون آخر، ولا بطريق يكفلها دون طريق، وكان لهذه الحقوق من شمولها ولتساع دائرة تطبيقها، ما يجعلها من شرائط الحياة الملائمة ومتطلباتها الأمانة، فقد تعين أن ينظر إليها بوصفها حقوقا دائمة لا تبدل فيها، ولا قيد عليها يطل الأعراس المقصودة منها، ولأن ثمة توازن يتعين أن يتحقق بين إطلاق هذه الحقوق، وبين ضرورة فرض قيود منطقية عليها لا تحد دون مقتض من المجال الطبيعي لحركتها. ومن ثم جاز القبض والتفتيش كلما كان مبررا بقرائن ظرفية لها أصلها في الأوراق، ولها من رجحان دلالتها، ما يعزز الاقتناع بجديتها.

والأصل في هذه القرائن ألا تصل في جزمها إلى حد التيقن من وقوع الجريمة، ومن نسبتها إلى شخص معين.

ذلك أن الإذن بالقبض أو التفتيش ليس دليل وقوع الجريمة، ولا هو تحديد لشكل أو درجة الاسهام في ارتكابها، وإنما هو إرهاب صريح بها. وهو بذلك ليس دليلا عليها، ولا قطعا بالمستولين عنها، وأن تعين دوما أن يصدر الإذن بناء على قرائن الأحوال التي لا تهبط إلى مجرد الشبهة التي ليس لها من ساق، ولو كان الإذن مصحوبا بيمين^(٣).

(١) كان ينظر دائما في التجلثا إلى حظر الإذن والتفتيش غير المبرر، على ضوء الجارة الشهيرة التي تقول إن بيت الرجل قلته Every man's house is his castle وقد تحقق تطبيق هذا المبدأ في قضية Symayn'e Case التي فصل فيها عام ١٦٠٣ والتي اعترفت بحق صاحب المسكن في الدفاع عن حرمة في مواجهة التحمل غير المشروع حتى من قبل رجال الملك.

(٢) تتحدد منطقية التفتيش على ضوء تامة الوقائع والظروف ذات الصلة.

United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950).
(٣) United States v. Ventresca, 380 U.S. 102 (1965); Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

وتعين بالتالى أن تقارن الإنن طرفيه لها من رجحانها ما يبرر صدوره
Probable Cause وهو ما يقتضى من القائمين على تنفيذ القانون حكما كان ذلك عليا-
الحصول على إذن بالقبض أو التفتيش قبل مباشرتهما.

وليس لازما دوما أن يصدر الإنن عن قاض، وإنما يكفي أن تصدره جهة لها من
استقلالها، ومن انقطاع صلتها بالموضوع المعروض عليها Detachment، وزوال مصلحتها
فيه، ما يكفل الاطمئنان لتجرد تقديرها بوقوع جريمة ما، وبالمسؤولين عنها، من التوزيع
الشخصية التي تعمل بميزان الحق عن حدوده^(١).

وإذا قيل بأن بطلان القبض أو التفتيش غير المأذون بهما بالمخالفة للدستور، كثيرا ما
يحبط جهود رجال الشرطة في مطاردة الجناة وتقبضهم، ويبطل أعمالهم بناء على دفع
بطرحها المتهمون، وتقوم على أدق التفاصيل والحيل القانونية التي لا يطن إليها غير رجال
القانون الأكثر خبرة، الذين يدركون قواعد القانون المعقدة، وينفذون من ثغراتها التي يبطلون
بها كل دليل تأتي من قبض أو تفتيش ثم بالمخالفة للقانون أو الدستور؛ إلا أن حل هذه
الصعوبة لا يتحقق بإطلاق اللسان لسلطة القائمين على تنفيذ القانون، وإنما من خلال تقرير
ضوابط معقولة لها لا يكون فهمها صعباً، ولا تحيط بهم لتكبل لأقدامهم.

ويتحقق هذا للتوازن من خلال الاستثناء من شرط الإنن في القبض والتفتيش في أحوال
خاصة يندرج تحتها أن بعض الظروف الملحة Exigent circumstances قد تبرر إجراءهما
بغير إذن، كأن تكون المنطقة التي يتم فيها التفتيش العارض على القبض Incident to arrest
واقعة في سيطرة المقبوض عليه؛ وكذلك إذا توافر للقائمين على تنفيذ القانون مبرر معقول
للاعتقاد بأن هاربا يقيم في منزل، وأن وجوده فيه يهدد حياة آخرين^(٢).

المطلب الأول

استبعاد كل دليل يأتي من مصدر غير مشروع

٧٥٩- وأظهر العمل كذلك في بعض الدول الفيدرالية، أن الموظفين الفيدراليين كثيرا ما
يخنقون أدلة بالمخالفة للدستور؛ وقد يدورون حول الدستور بإرسالهم الأدلة غير المقبولة أمام
المحاكم الاتحادية، إلى النيابة العامة المحلية في الولاية لاستخدامها ضد المتهمين الذين تتعلق

(١) Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345 (1972).

(٢) New York v. Burger, 282 U.S. 691 (1987); Illinois v. Rodriguez, 294 U.S. 177
(1990); Maryland v. Buie, 494 U.S. 325 (1990).

هذه الأدلة بهم، وكلهم يقدمونها للسلطة المحلية على طبق من القضية^(١). وفاتهم أن استعمال الأدلة الملوثة أمام القضاء، ليس سياسة قضائية سيئة يجوز أن يشرع الكونجرس على خلائها، وإنما يدين الدستور استخدام هذه الأدلة، فلا يجوز قبولها. خاصة على ضوء ما لوحظ من أن وسائل المراقبة على رجال الشرطة لحملهم على الخضوع للقانون، لم تنههم عن مخالفته. وصار ثابتن أن قاعدة استبعاد الدليل الباطل، يتعين أن تكون نهجا بحكم العمل في المحاكم الفيدرالية والمحلية على سواء؛ وأن ضمانات الإثبات المبرر التي يحيط بها الدستور للقبض والتفتيش، يتعين الإصرار عليها بما يكفل تطبيقها في كل الفروض التي تسعها، ولو أن هذا للتطبيق إلى إطلاق سراح بعض المجرمين الضالعين في الجريمة. ذلك أنهم يفلتون بحكم القانون من عقابهم عنها.

وليس أسرع في هدم النظم القانونية من الإعراض عن تطبيقها من خلال أفعال تأنيها الدولة، وتناقض بها: شرعية وجودها، خاصة وأن الجريمة بالضرورة مرض معد، وأن السلطة التي تنقض بيدها القوانين التي وضعتها بنفسها، إنما تحمل غيرها على احتقار للقانون وتكلمهم إلى الحصول على حقوقهم بأيديهم. ولا بد من هذا التحكم غير هدم كل دليل باطل إصلا لحكم الدستور، وليس كمجرد سياسة قضائية يجوز أن تشرع السلطة التشريعية على خلائها.

يؤيد هذا النظر: أن الاعتماد على دليل تأتي من تفتيش باطل، لا يقل سوءا عن انتزاع أقوال تؤمن من يدلون بها قهراً. كلاهما يتحقق بالمخالفة للقانون حتى يتهيأ للجريمة الدليل عليها^(٢). فضلا عن أن مداممة الناس لإدانتهم بها، مواده اختراق خواص حياتهم وحرمة منازلهم *The sanctity of a man's home and the privacies of life*.

ذلك أن دخول المنازل بغير إذن أهلها، ودون ترخيص بدخولها يصدر عن السلطة المختصة بإصدار الإذن بتفتيشها، ليس مجرد قرع على أبوابها، ولا هو مجرد فض للخزائن والصناديق والأبواب الموجودة بها وبعثرة لمحتوياتها. وإنما يخل إخلالا جسما بحقهم في الأمن والاطمئنان، وكذلك بحرئتهم الشخصية، وبملكيته الخاصة. وهي حقوق تظل قائمة لحسابهم ما لم يسقطها حكم قضائي يكون باثنا. ولا يجوز بالتالي تجريمهم بناء على تفتيش.

(١) *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

(٢) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

باطل ينتزع أوراقهم الخاصة، ويصادر أشياء يملكونها^(١) فالتفتيش في هذه الصور جميعاً يناهض ما يتوقعونه عقلاً من أن تظل لمنازلهم حرمتها^(٢).

ويتعين بالتالي استبعاد الدليل الناجم عن هذا التفتيش، ولو كان للقانون بالتفتيش الباطل، سيحصلون على ذلك الدليل لا محالة بالوسائل القانونية، أو كان لهم من حسن نيتهم، ما يرد عنهم شبهة الاندفاع إلى إجراء هذا التفتيش. وليس ثمة بديل عن إبطال الدليل في هذه الصور جميعها، ولو كان سببه فينا. خاصة وأن استعمال الأشياء التي تم ضبطها من خلال التفتيش الباطل في محاكمة جنائية، يضر بمركز المتهم بصورة خطيرة، وينطوي كذلك على عنوان على ملكيته، ولو كان ما حاق بها من ضرر تلفها *So minute*.

كذلك لا يعتبر حصول المضرور على تعويض مدني من جراء التفتيش الباطل، بديلاً عن استبعاد دليل تأتي من هذا التفتيش. وهي قاعدة يتعين تطبيقها كذلك على كل دليل تأتي من إكراه^(٣).

ذلك أن تقديم مثل هذا الدليل إلى القضاء، مؤداه استعماله ضد المكره ليكون مدخلاً إلى تجريمه بالمخالفة لحظر تجريم الشخص لنفسه بنفسه.

ويحتد بكل دليل تأتي من تفتيش صحيح، ولو لم يكن لهذا الدليل صلة بالجريمة التي تعلق التفتيش بها، سواء في أدواتها أو ثمارها^(٤). *The fruits and instruments of the crime*.

(١) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

ويتعين كذلك عدم كل دليل تأتي من قبض غير مشروع وكذلك كل ما اشتق عن هذا الدليل من قول أو اعتراف. ومن ثم يبطل كل اعتراف نجم عن احتجاز غير مشروع ما لم يثبت أن الصلة بين هذا الاحتجاز وذلك الاعتراف ضئيلة إلى حد يمكن معه القول بأن الاعتراف لم يثروت بالاحتجاز وتسرى هذه القاعدة على بصمات الأصابع وغيرها من الأدلة المادية التي نجحت عن الاحتجاز غير المشروع، إذ يتعين قمعها.

David V. Mississippi, 394 U.S. 721 (1969)

(٢) *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).

ويلاحظ أن محكمة القضاة في مصر تبطل الدليل المكنى من مصدر غير مشروع إذا كان ينضى إلى الإدانة لا إلى البراءة.

(٣) يعتبر إجراء القبض أو التفتيش بطريق غير مشروع، مصداً للحق في الرجوع بالتعويض على الذين قاموا به، ولكن من هؤلاء أن يدفع دعوى التعويض بأنه كان يتطد حقاً ويحسن نية أن ظروف القبض والتفتيش تقتضيه *Exigent circumstances* وأن لها من قوتها ما يرجح اتخاذ الإجراء.

Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635 (1987).

(٤) *Mancusi v. 178 Farte*, 392, U.S. 364 (1968).

المطلب الثاني

شروط صحة التفتيش

٧٦٠- وليس أصون لحرمة خواص الحياة، من تفتيش يقيد المستور بكثير من الضوابط التي يدرج تحتها أن يصدر عن جهة محايدة لها من ضماناتها ما يؤكد موضوعية تصرفاتها، ومن القرائن التي تعتمد عليها في إصدار إذن التفتيش، ما يرجح صحتها، ومن تعيين الأماكن التي يتم تفتيشها والأشخاص والأشياء التي يجوز ضبطها فيها، ما يكفل تخصيص هذا الإذن The specificity or particularity requirement، وتطبيقه في حدود ضيقة.

٧٦١- وانفراد هذه الجهة للمحايدة التي لا صلة لها بموضوع الإذن، موداه أن غيرها لا يجوز أن يحل محلها فيه؛ وأن يبداه وحدها تقدير مبرر إصداره؛ وأن تقدير القائمين علي تنفيذ القانون، لقيمة القرائن التي جمعوها -ولو كان هذا التقدير صائباً- لا يقيدها؛ وأن اختلال موازين التقدير في أيديهم بالنظر إلى مجموعهم في مطاردة الجناة وتعقبهم Zealousness، لا يقل سوءاً عن تطرق العوامل الشخصية إلى الجهة التي أولاهها المشرع اختصاص إصدار الإذن، كإسهامها السابق في أعمال التحقيق، أو في مرحلة الاتهام، بما يجعلها شريكا فيها، وبما يخل بحيثتها ويقم صلة حقيقة بينها وبين موضوع الإذن الصلار عنها، ليبتل الإذن، مع كلفة الأثلة التي تم التحصل عليها كثر لتطبيقه. إذ يعامل التفتيش بمقتضى هذا الإذن كما لو تم بغير إذن أصلاً. The search stands in no firmer ground than if has been no warrant at all. ذلك أن ضمان الحرية في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر، يعتبر حقاً جوهرياً يجب ضمانه ضد كل اختراق، ولو صدر عن ولاية في تنظيم فيدرالي^(١).

٧٦٢- ولا يشترط لصحة الإذن، أن يصدر بناء على رؤية أو متابعة شخصية للواقعة التي أسس عليها. ذلك أن الشهادة السماعية تكفي لجوازه، إذا كان من أجلي بها موثقاً فيه، أو كان ظاهر الحال يؤيدها^(٢).

وكما قام الإذن على قرائن اطمأن إليها من أصدره، وحده وجه معقوليتها، وأبان بصورة واضحة عن شملهم من الأشخاص أو الأشياء أو الأماكن التي يراد ضبطها وتفتيشها؛ صار الإذن قاطعاً بمجال تطبيقه؛ وصححاً في القانون، وقابلًا للتنفيذ.

(١) Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Wolf v. Colorado 338 U.S. 25 (1949).

(٢) McGray v. Illinois, 386 U.S. 300 (1967).

ويبطل كل إذن يقوم على واقعة افتراضها من تحراها، ولم يحققها أحد من القائمين على تنفيذ القانون، أو على واقعة افتقها أو انتحلها^(١)، أو على واقعة كشفها شخص من أحد الناس^(٢).

ويجوز بناء على إذن صحيح، تفتيش الأماكن -أيما كان شاعلوها- إذا ثارت شبهة احتوائها على دليل الجريمة أو أدواتها أو شأرها The proceeds or tools of the crime، بشرط أن تكون هذه الشبهة قائمة على أساس^(٣) Probable Cause.

كما يجوز استعمال القوة لتنفيذ الإذن، ولو لم يخطر من تلق به الإذن بصوره. بل إن مثل هذا الأخطار يرافق جهود القائمين بتنفيذ القانون في مجال تحقيق الأعراض التي يستهدفونها، وعلى الأخص كلما كان بحوزة الأشخاص الذين صدر الإذن في شأنهم وثائق بها دليل الجريمة، إذ يعمدون إلى إخفائها أو علموا بتوجه رجال الشرطة لتفتيش الأماكن التي أودعوا فيها.

٧٦٣- ولا تنظر بعض المحاكم إلى إذن القبض بالطريقة ذاتها التي تتعامل بها مع إذن التفتيش. وكثيرا ما تفض بصرها عن قبض بغير إذن إجراء رجال السلطة في الجرائم المتلبس بها، أو في الجرائم التي يقوم حدوثها على دليل معقول يبرر تصرفهم بشأنها^(٤).

بيد أن هذا الاتجاه منقذ. ذلك أن تقدير معقولة الإجراء في حالة القبض، لا يقل أهمية عن تقديره في حالة التفتيش. كلاهما تقدير لا يجوز أن يستل به القائمون على تنفيذ القانون، وإنما يتعين أن يصدر به إذن من الجهة التي خولها المشرع هذا الاختصاص^(٥). وأن يكون التفتيش، معاصرا للقبض.

٧٦٤- ويلاحظ أن قبض رجال لشرطة على أشخاص وفقا للقانون، يخولهم الحق في تفتيشهم بغير إذن، وكذلك تفتيش الأماكن التي يوجدون بها أثناء القبض عليهم. ذلك أنهم قد

(١) Franks v. Delaware, 438 U.S. 154 (1978).

(٢) Burdenau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد رجال الأصيل قام بعد فصله لأحد العاملين لديه، بفتح أدرجه وخزائنه التي كان يحتفظ فيها ببعض الأوراق، وأقدمها إلى السلطة التي كانت تتولى التحقيق في سلوكه، إلا أن المحكمة العليا قضت بأن المنسابة ضد القبض والتفتيش غير المبرر، لا تشمل إلا في مواجهة رجال السلطة.

(٣) Zurich v. The Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978).

(٤) أنظر الرأي المخالف للقاضي بريان والقاضي مارشال في ص ٤٤٧ من قضية:

United States v. Watson; U.S. 411 (1976).

(٥) Carol v. United States, 267 U.S. 132 (1925).

يحملون أسلحة يهدونهم بها، وقد يستدون إلي تكمير الأكلة التي في حوزتهم، أو يفرون من قبضتهم^(١).

والنفيش في هذه الأحوال جميعا، عارض على القبض Incident to the arrest. فلا يكون ضبط ما يوجد من الأشياء في الأماكن التي تم نفيشها، غير نتيجة عرضية للقبض عليهم وفقا للقانون. ويتعين تفسير سلطة النفيش هذه في أضيق الحدود. ذلك أن النفيش ما كان ليجوز لولا أن موقفا قائما عند إجراء القبض المشروع، حمل رجال الشرطة على إجراء النفيش. ويتعين أن تقدر هذه الضرورة بقدرها. فلا يجوز النفيش بغير إذن إلا إذا كُنَّ اشتراطه في إطار الأوضاع القائمة وقت القبض، غير متصور عقلا أو عملا^(٢).

ويتوخى هذا القيد الأخير، ألا يلتهم الاستثناء، قاعدة حظر النفيش غير المأذون به. وهو قيد مواءم ألا يتم نفيش بغير إذن فيما خلا الأوضاع القاهرة Compelling Reasons. التي يقتضيها ظاهر الحال^(٣). Exigent circumstances requirement.

بيد أن ذلك القيد سرعان ما بدا عصيا على التطبيق في غير الأحوال الاستثنائية النادرة. ومن ثم لُبدل بقيد آخر مواءم أن النفيش المقارن للقبض المشروع، يكون جائزا كلما كان معقولا، علي أن تتحدد معقولة النفيش. غير المأذون به، علي ضوء كافة الأوضاع ذات الصلة التي تعامرها^(٤). The total atmosphere of the case.

ثم عدل عن هذا المعيار كذلك إلي آخر يجيز النفيش المقارن للقبض المشروع، بشرط أن يكون نتيجة عرضية للقبض. وأن يقتصر علي الشخص الذي تعلق به إذن القبض، وألا يمتد إلي غير الأماكن المجاورة للقبض، والتي يدل ظاهر الحال علي سيطرة هذا الشخص عليها، وأن يوسعه الحصول منها علي الأسلحة التي يريدها، أو أن يدمر في مطالعها دليلا ضده. فإذا جاوز النفيش حدود هذه الدائرة، صار إجراء غير معقول، وباطلا^(٥).

٧٦٥- ولأن الحق في خواص الحياة يرتبط بالأماكن والأشياء التي يملكها الشخص أو يحوزها لحسابه، مما جعل جواز نفيشها مطلقا علي إذن بذلك، فقد جاز الإذن بنفيش ومناطل النقل، وضبط الأشياء الموجودة فيها، إذا كان الأشخاص الذين يركبون هذه الوسائط لا

(١) Angello v. United States, 269 U.S. 20 (1926); Marron v. United States, 275 U.S. 192 (1927).

(٢) Trupiano v. United States, 334 U.S. 699 (1948).

(٣) McDonald v. United States, 335 U.S. 451 (1948).

(٤) United States, v. Robinowitz, 338 U.S. 56 (1950).

(٥) Chimel v. California 395 U.S. 752 (1969).

بملكونها، لا هي ولا الأشياء التي تم ضبطها فيها، وكان قد توافر مبرر معقول على نقلها مواد محظورة، أو تم تهريبها، أو مباشرتها غير ذلك من أوجه النشاط غير المشروع^(١).

ذلك أن وسائل النقل هذه تسرع في انتقالها من مكان إلى آخر. وإن يكون صدور إذن في شأنها مجدياً إذا تم ضبطها فيما وراء النطاق المكاني لهذا الإذن، وقد يكون للدولة حق عليها بخولها مصادر محتوياتها. إذ يجوز جررها إلى مخفر الشرطة وتفتيشها. وحتى وسائل النقل الموجودة في مكان انتظارها، فلن قلدها قد يحركها فجأة إلى مكان آخر.

وقد تكون السيارة أداة جريمة قتل أو غيرها من الجرائم. فإذا قام مبرر معقول على أنها كذلك، جاز أخذ جزء من طلائعها الخارجي لتحليله، كلما تم ضبطها في مكان انتظار عام^(٢).

ولا يجوز بالتالي أن يتعرض رجال الشرطة عشوائياً لوسائل النقل Random visits ولا وقفها لتفتيشها دون قرائن راجحة Probable Cause؛ ولا الأخذ بالدليل الذي يتأتى من تفتيشها على هذا النحو^(٣). فإذا توافر لديهم دليل ذو شأن، عن حيازتها لأشياء ممنها المشرع من حملها، كالمواد المخدرة أو المهربة، جاز تفتيشها بصورة كاملة، كما لو كان يدهم إذن بالتفتيش، ليمتد هذا الإجراء إلى كل محتوياتها، وإلى طرودها التي يحتمل أن يكون الجناة قد أخفوها فيها^(٤).

٧٦٦- ويخول إذن التفتيش الدخول عنوة في الأماكن التي يعينها، وما بها من أشياء حندها، ومن يوجدون فيها من الأشخاص الذين وصفهم؛ إلا أن مراقبتهم في أحاديثهم التليفونية، ورصدها وتسجيلها، يخل بحقهم في الأمن، وفي ضمان حرمة خواص حياتهم ومساكنهم، وجميعها قيم حرص الدستور على صونها خاصة إزاء تطور الوسائل العلمية التي تهدد الناس في حرمتهم، بالنظر إلى اختراقها من بعيد، ما حرص الناس في نطاق توقعهم المشروع، على أن يظل خلفها عن الأعين والأذان. بل إن الوسائل العلمية الحديثة ترصد

(١) يجوز كذلك تفتيش الأماكن العامة والمسجون ولماكن إيداع خردة السيارات والمسجون بغير إذن. إذ يعتبر التفتيش في هذه الصورة تفتيشاً إدارياً لأغراض تنظيمية تربو فيها مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد.

Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

(٢) Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925); Husty v. United States, 282 U.S. 694 (1931); United States v. Di Re, 332 U.S. 581 (1948); Brinegar v. United States, 338 U.S. 160 (1949); Henry v. United States, 361 U.S. 98 (1959); Cooper v. California, 386 U.S. 58 (1967); Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

(٣) Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648 (1979); Almeida-Sanchez v. United States, 413 U.S. 266 (1973).

(٤) United States v. Ross, 456 U.S. 798 (1982).

الناس حتى في همساتهم، وأخص دخائلهم، وأعمق عواطفهم لتحيط بها داخل غرفهم المغلقة التي لطمأنوا إلي أن احتماهم بجدرانها، عائق من انتهاكها.

حقاً إن كثيرين من القائمين علي تنفيذ القانون، يعطيهم فرض أحكامه علي الناس جميعهم بلا تمييز، إلا أن أداءهم لواجبهم مقيد بالمستور والقانون. وليس لهم بالتالي حق في الاتزلاق إلي جريمة تتصنتهم -غير إذن قضائي- علي الناس في أحاديثهم، من أجل ضبط ما تظهره أحاديثهم تلك من الأوراق أو غيرها من الوثائق علي الجرائم التي حرصوا علي إخفائها. ذلك أن القائمين علي تنفيذ القانون -ولما كان دبل دولتهم- يتعين أن تحكمهم القواعد ذاتها التي تحكم مواطنيهم. فضلاً عن أن الدولة التي يعملون لحسابها هي القوة، وهي تعطي المثل لمواطنيها من خلال تصرفاتها التي يباشروا أعوانها. وتسامحها معهم بغريم بمخالفة القوانين التي وضعتها هي بنفسها^(١). ويحضر الآخرين علي اللجوء للقوة لفض نزاعاتهم. فلا يحكم الناس لغر أبديهم في تنفيذ القانون.

وبدل أهدافهم في مطاردة الجناة المحتملين وتحقيقهم، لا يجوز تحقيقها بوسائل مخالفة للدستور أو القانون.

وليس أسوأ من رصد الناس في كلماتهم التي يتبادلونها مع الغير، سواء من خلال خطاباتهم أو برقياتهم أو أحاديثهم التليفونية، أو غير ذلك من وسائل اتصالاتهم.

ذلك أن كلماتهم هذه، هي رسائلهم التي يباشرون من خلالها حريتهم في التعبير عن آرائهم، ويبلورون بها طموحاتهم وخططهم. فإذا كانت رسائلهم دليل تكبيرهم لجريمة، فإن رصدنا أو تفتيش منازلهم للعثور علي أدولتها أو لمعرفة ثمارها، يكون مشروطاً بحصولهم علي إذن بذلك، وإلا تعين استبعاد كل دليل تأتي من تتصنتهم علي أحاديثهم أو تفتيش منازلهم، ولو تم الحصول علي هذا الدليل بطريق غير مباشر^(٢).

وينظر بعض القضاة إغفاء أجهزة المراقبة الإلكترونية Electronic Surveillance. داخل عتار باعتباره اقتحاماً مادياً Physical invasion لمبناء مخالفاً للدستور^(٣) ويبراه آخرون منطقياً علي عدوان علي حرمة الحياة الخاصة علي تغيير أن القيود التي يفرضها الدستور علي الضبط والتفتيش، تنطبق بالأشخاص لا بالأماكن^(٤).

(١) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

(٢) Nardone v. United States, 302 U.S. 179 (1937).

(٣) Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

(٤) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

ذلك أن العقار لا يجوز أن يعامل كالأشياء التي يحرضها الناس للكافة حتى في منازلهم، والتي يجوز لكل شخص أن يتصل بها بغير إذن قضائي. وإنما العقار هو الوظيفة التي خصص لها ورصد عليها. فإذا كان سكناً، تعين أن يطمئن الناس فيه إلى حرمتهم جميعها، فلا يجوز كشفها. وشرط ذلك أن يكون لديهم توقع معقول بخصوصيتها. فإذا كان توقعهم على هذا النحو، تعين صون حرمتهم هذه من تكلل السلطة بما يخل بها.

كذلك لا يجوز اختراق دوائهم التي يرمون إلى صونها، ولو كان التلصص عليها في مكان عام^(١). فإذا تم انتهاكها، تعين أن ترد إلى أصحابها، كافة المواد التي تم الحصول عليها من جراء أعمال المراقبة الإلكترونية غير المألون بها^(٢).

فإذا صدر الإذن، وللتعويض تنفيذ دخول المبنى سرا^(٣) لرصد ما يتم فيه، فليس بشرط أن يكون الإذن قد خول القائمين على تنفيذه، هذا الحق صراحة، وإنما يكفي أن يكون قد رخص لهم بإجراء تلك المراقبة. فإن لم يصدر هذا الإذن، تعين استبعاد الدليل الذي نجم عنها^(٤).

المطلب الثالث

التمييز بين القبض على الأشخاص واستيقاظهم

٧٦٧- ويتعين التمييز بقدر كبير من الوضوح بين القبض على الأشخاص واستيقاظهم Stopping. والتمييز كذلك بين التفتيش الشامل المحيط Full-blown search؛ والتفتيش المحدود ذو الطبيعة الوقائية Preventive search.

ذلك أن بعض الأشخاص قد يكون أفعالاً في أوضاع بذواتها، تجعل رجال الشرطة يرتابون فيهم. فلا تعتبر هذه الأفعال في ذاتها مثيرة للشبهة، وإنما هي الأوضاع التي تلائمها.

كذلك فإن هذه الأعمال في مجموعها -وليس كل عمل منفرد منها- هي التي تعطي الانطباع بأن شيئاً ما وراءها. فالذين يزرعون الطريق جثة وذهاً، لا شيء في علمهم، ولكن

(١) وفلا يجوز أن تضع الدولة أجهزة إلكترونية على تليفون مخصص لاستعمال الجمهور بقصد التلصص على أحاديثهم.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S.1 (1968).

(٣) Ivano v. United States, 394 U.S. 165 (1969).

ويلاحظ أن الحكومة فضلت في هذه القضية أن تسقط عدداً من الاتهامات التي لسمتها على الألة غير المشروعة التي جمعتها، بدلا من أن تكشف عن أساليب المراقبة غير المشروعة التي أجرتها.

لقتربهم من مخزن في الطريق العام، والنظر إلى نوافذه، وتفقده من كل نواحيه، يوحى بأنهم عازمون على سرقة، ولهم يتحينون فرصة يتسورون فيها هذا المخزن، أو يقتصمون نافذة فيه.

إذا استوقفهم رجل الشرطة، ووجه إليهم بعض الأسئلة للتحقق من نواياهم Patting down the outer surface of their clothes للتحقق مما إذا كانوا يحوزون أسلحة يمكن أن يهدوه هو أو المارة بها، فإن هذا التفتيش في الطريق العام Am on-the- street Investigation لا يكون مخالفاً لا للمستور ولا للقانون، إذ هو إجراء في شأن أشخاص قد يكونون حاملين لأسلحة؛ فضلاً عن الشبهة التي تحيط بهم بالنظر إلى تصرفاتهم.

ومن ثم يكون استيقافهم لمدة قصيرة، متوخياً تحقيق غرض محدود، هو الاستيثاق من هويتهم ونواياهم؛ ثم تفتيشهم توفياً لخطر إطلاقهم نيران الأسلحة التي يحملونها. وتلك جميعها مقاصد لرجال الشرطة لا نزاع في مشروعيتها، لتعلقها بشبهة لها أساسها.

والتفتيش على هذا النحو محض استثناء من قاعدة عدم جوازه بغير إذن قضائي تصدره جهة محايدة لا صلة لها بموضوع الإن المطروح عليها، وليس لها مصلحة فيه. وإنما تقدر بنفسها، وعلى ضوء ما لديها من قرائن، معقولة الأمر بالقبض، وبالتفتيش المحدود، في حالة بذاتها لها ظروفها الخاصة بها.

ووزنها لهذه المعقولة يقتضى أن يكون تقديرها موضوعياً قائماً على ما إذا كان الأمر بالقبض في حالة بذاتها محددة على ضوء ظروفها- يعتبر إجراء ملائماً من منظور شخص مقبصر حذر.

وبدون ذلك يتحقق الإخلال بالحقوق التي كفلها الدستور للمواطن، وأهمها تأمين الحرية الشخصية من كافة العوائق التي لا مبرر لها.

٧٦٨- وهذه الضوابط التي يتعين أن يتقيد بها القائمون على تنفيذ القانون في مجال استيقافهم لبعض الأشخاص لشبهة تبصل بهم، ثم تفتيشهم من الخارج، مختلفة من كل الوجوه عن تلك التي تحيط بإصدار إذن القبض والتفتيش.

ذلك أن القائمين على تنفيذ القانون في الحالة الأولى، لا يواجهون عملاً إجرامياً تم تنفيذه، وإنما بعض الأعمال التي قد تنضى إلى الجريمة. ويتعين بالتالي توقيها بكل الوسائل، بما في ذلك توجيه أسئلة إلى الذين يشتبهون فيهم -بعد استيقافهم- لمعرفة ما ينوون أو

يعتزمون. وهم بذلك يحققون في الشبهة العالقة بهؤلاء الأشخاص تثبتاً من صحتها أو من انتفاها، ويدرون بذلك خطراً وشيكاً قد يتحقق، لو أنهم غصوا بصرهم عنهم، وتركوهم وما يفعلون.

ويتعين بالتالى التمييز بين تفتيش تم إثر قبض بالمعنى القانونى. وهو تفتيش كامل يعتبر المرحلة الأولى للاتهام الجنائى، ونقطة البداية لاتخاذ تدابير لاحقة تقيد من حرية الشخص فى التنقل، سواء تبعها محاكمة أو لم تتصل بها، وبين تفتيش محدود أقل نطاقاً بالضرورة من أن يكون تفتيشاً كاملاً، ويخدم مصلحة وقائية مختلفة فى طبيعتها عن المصلحة التى يتوخاها التفتيش اللاحق للقبض المأذون به.

وللتفتيش الوقائى بذلك مختصر، ومحدود، ولا يتوخى غير التيقن من حقيقة للشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص. وهى شبهة لا يفترض أن ترقى إلى مرتبة الجزم بحقيقة نواباهم، ولا أن تقوم على أدلة قاطعة أو رجحة، ولا أن يكون للتفتيش بسببها متوخى العثور على أدلة جريمة يعلم رجل الشرطة بوقوعها.

ويتعين على ضوء ما تقدم، أن نقرر أن الأصل فى التفتيش أن يكون معاصراً أو لاحقاً لقبض مأذون به وفقاً للقانون. فإذا لم يصدر هذا الإذن، لم يجز إجراؤه فى شأن أشخاص بخير موافقتهم الحرة التى لا يداخلها ضغط أو إكراه^(١).

والشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص، هى التى يقوم بها مبرر الاستثناء من شرط الإذن. وهى وإن كانت تخول القاكمين على تنفيذ القانون توجيه أسئلة إليهم، إلا أنهم غير ملزمين بالرد عليها، ومن حقهم ألا يعيروها التفاتاً، وأن يعضوا فى طريقهم. فإذا أجابوا عن تلك الأسئلة برضايتهم، جاز أن تؤخذ هذه الإجابة عليهم^(٢).

ولا يعتبر امتناعهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليهم، دليل جرمهم. بيد أن الشبهة وحدها تعتبر كافية لاحتجاز من تتعلق به، على أن يكون هذا الاحتجاز بصفة مؤقتة، وضمان مصلحة عموم المواطنين فى إجهاض جريمة التعامل فى المواد المخدرة أو غيرها من الجرائم الخطرة.

(١) لو أن رجل الشرطة طلب من أحد الأشخاص فتح حقبيه، فإن ذلك لا يعتبر قبولاً منه بتفتيشها. ذلك أن خوفه من رجل الشرطة، قد يكون هو الذى دعاه إلى ذلك.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

٧٦٩- وثمة تحفظ هام في هذا الصدد، هو أن الشبهة التي تقوم في شأن بعض الأشخاص وتسورخ التحقيق معهم من خلال أسئلة توجه إليهم، لا تقابل الجزم بانضمامهم في الجريمة، أو ترتيبهم للدخول فيها أو انعقاد عزمهم عليها. ولا يجوز بالتالي أن تقتزن بالتفتيش الكامل لأشخاصهم وممتلكاتهم وعرباتهم، ولا أن تصل الأسئلة في مستوياتها إلى حد استجوابهم في مكان جرثهم الشرطة إليه، وأصبحوا مودعين فيه، ولو كانت الأسئلة الموجهة إليهم لها طبيعة للتحقيق^(١).

Reasonable suspicion of a crime is insufficient to justify custodial interrogation even though the interrogation is investigative.

وكما كان الاحتجاز بناء على اشتباه قائم على أسس، تعين أن يتم بأقل قدر من التدخل في حرية الأشخاص، وبما لا يجاوز المصلحة المقصودة من الاحتجاز، وألا يزول إلى محاصرة المحتجزين بأوضاع تتأكل معها إرادتهم، ليبطل كل دليل ناتى من احتجاز غير مشروع، ولو قام على أقوال أدلى صاحبها بها، إذ هي ثمرة هذا الاحتجاز ونتيجته.

ولا يجوز في أية حال أن يمتد الاحتجاز لغير الفترة القصيرة التي تزيل الشبهة أو يبقيا.

ولقد يبدأ التحقيق مع بعض المشبوهين بمواقفتهم، فإذا استطلت وتساعد بغير إذن قضائي، شكل ذلك تأثيراً نفسياً سيئاً عليهم، ليتطرق للخلل إلى إجاباتهم، فلا يطمأن إليها قانوناً، ولا تصححها موافقتهم السابقة على بدء التحقيق معهم.

المطلب الرابع

الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش

٧٧٠- وكما يجوز التفتيش بإذن قضائي، أو بعمل من رجال الشرطة في مواجهة أشخاص يشتبهون فيهم ويستوقعونهم؛ فإن من صور التفتيش ما يكون إدارياً Administrative searches ومن طبيعة تنظيمية Regulatory searches وهذه يجوز إجراؤها بغير إذن، وبغير دلائل أو قرائن يقوم بها رجال وقوع جريمة.

ومن صور التفتيش التنظيمية في طبيعتها، ما يقام في الطرق السريعة من نقاط للمرور Check points هدفها ضبط السائقين المغمورين من خلال إيقافهم وإبعادهم عن الطريق

(١) Florida v. Royer, 460 U.S. 491 (1983).

لفحص رخصتهم، ووثائق ملكية عرباتهم، وإجراء الفحوص الطبية عليهم للتحقق من التزامهم أو تعاطيهم للخمر^(١).

فيذا بان لرجل الشرطة أن قائد السيارة مخمور، أمر بالقبض عليه. ذلك أن السائقين المخمورين يعرضون للخطر أرواحاً كثيرة، وي تلفون أموالاً كبيرة من جراء تصادم عرباتهم بغیرها، وقتل أو جرح من فيها.

وقد تقام نقاط المرور هذه بقصد ضبط المهاجرين غير الشرعيين الذين يقتحمون حدود الدولة. وفي غير هاتين الحالتين تكون نقاط التفتيش ظاهرة للعيان، ولا تثير أزع من يقودون سياراتهم في الطريق، لأنهم يدركون أن كل سيارة تعبر هذه النقطة بجواز وقفها.

وقد يقوم بتفتيش المحال العامة والمباني، الموظفون الذين منحهم المشرع هذا الحق بقصد التحقق من توافر الشروط الصحية التي تطلبها للقانون فيها، أو من استيفائها للشروط التي تفرضها قوانين المباني، كالحذ الأقصى لطوها ومثلتها والتزامها خط التنظيم، أو لشروط الأمن الصناعي فيها كترويدها بأجهزة إطفاء الحريق.

ومن ثم يكون نص القانون مصدر الحق في إجراء هذا التفتيش الذي يتطرق في الأعم بالتحقق من توافر الشروط التي تطلبها القانون في بعض المهن التي تتصل في مجملها برفائض الرخاء العام Public welfare كمحال التعامل في المواد الغذائية والأسلحة والخمور والخرقة. ذلك أن هذا التفتيش لا يتوخى الحصول على دليل جنائي، وإنما مجرد التحقق من توافر شروط في هذه المحال والمباني لفرضها القانون على شاغلها، حتى يستقيم نشاطها وفقاً للقانون. وهي كذلك محال مفتوحة لكل من يطرقها، ولا يتولف للقائمين عليها بالتالي حق في التوقيع المشروع لخواص حياتهم^(٢).

ويفترض ذلك ألا يخرج القائمون بالتفتيش عن حدود واجباتهم، وأن يكون هدفهم مجرد التحقق من أوضاع تطلبها القانون في هذه المحال والمباني. فلن تحرفوا عن واجباتهم هذه من

(١) ويدخل كذلك ضمن هذه الصور تفتيش السجون وأماكن العمل العام، وأماكن خردة السيارات. Automobile junkyards.

انظر في ذلك قضية:

New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).

(٢) Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S. 72 (1970)

يلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تتخبط في هذا الموضوع، مرة تتطلب الإن التفتيش لتفتيش بعض المحال، ومرة لا تتطلبه في محل آخر، دون ضبط مطلق مفهوم.

خلال إساءة استعمال السلطة، أو عن طريق اقتحام بعض خواص الحياة التي لا شأن لهم بها، كان عملهم مخالفاً للدستور والقانون^(١).

المطلب الخامس

القبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من أفراد الناس

٧٧١- وأخيراً يتعين أن يلاحظ أن القيود على القبض والتفتيش التي يفرضها الدستور، هي قيود في مواجهة السلطة التي تقوم بإجرائها Against the government. ولا شأن لهذه القيود بالتالي باقتحام شخص من أفراد الناس لمكان خاص، وضبط ما به من الأشياء. ذلك أن مخالفة السلطة للدستور، تفترض خروجها على للفرائض التي قلدها. وغير رجال السلطة لا يتقيدون في مجال القبض والتفتيش بالقيود التي فرضها الدستور عليها، ما لم تقوم صلة بينها وبين لقائم بالقبض أو التفتيش، بأن كان يعمل لصالحها أو بمعاونتها الإيجابية، أو بترخيص منها. Acting for, or on behalf of or with the active assistance of the government.

فإذا لم تكن صلة من هذا القبيل، كان تدخل للشخص في شئون الآخرين سواء بالقبض عليهم أو بتفتيشهم، وإلغا في نطاق تصرفاته الشخصية Purely private capacity. التي يسأل عنها، وعملها مخالفاً بالتالي للدستور أو للقانون^(٢).

المطلب السادس

القبض والتفتيش وفقاً للدستور

مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا

٧٧٢- وفي مصر -وعلاً بنص المادة ٤١ من الدستور- تعتبر الحرية الشخصية أصلاً، وصونها لا يجوز أن يمس. ووفقاً لهذه المادة ذاتها، فإن شرط جواز القبض والتفتيش -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- هو أن يصدر به أمر من القاضي المختص أو من النيابة وفقاً للقانون، وبناء على ضرورة يستلزمها لتحقيق وصيانة أمن المجتمع.

(١) United States v. Biswell, 406 U.S. 311 (1972).

(٢) Antonin Scalia, Federal Constitutional Guarantees of Individual Rights in the United States of America, in Human rights and judicial review; A comparative perspective, edited by David M. Beauty, International Studies in Human Rights, Vol. 34, p.58.

فإذا استوفى أمر القبض أو التفتيش الشروط المنقمة بيانها، تعين -وعلاً بنص المادة ٤٢ من الدستور- معاملة من يقبض عليه أو يحبس أو يقيد حريته على نحو آخر، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان. ولا يجوز بوجه خاص إيداعه بندياً أو محبواً.

ويكفل نص المادة ٤٤ من الدستور، حرمة المساكن، ويمنع دخولها أو تفتيشها بغير إذن قضائي يكون مسبباً ووفقاً لأحكام القانون. ولا تقتصر الحرمة على المنازل المشار إليها في المادة ٤٤ من الدستور، ولكنها تمتد كذلك -ومقتضى نص المادة ٤٥ من الدستور- إلى حياة المواطنين الخاصة، وإلى مراسلاتهم البريئة والبرقية ومحادثاتهم التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال التي لا تجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً، ولمدة محدودة، وذلك صوناً لمريتها.

٧٧٣- وتقرر المحكمة الدستورية العليا -من خلال مقابلتها بين المادتين ٤١ و٤٤ من الدستور- أن الدستور فرق بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المنازل. فبما تجيز المادة ٤١ من الدستور القبض على الأشخاص وتفتيشهم إذا صدر بهما أمر قضائي وفق الشروط المنصوص عليها فيها، والتي ليس من بينها أن يكون هذا الأمر مسبباً، ولم تستثن من صدور هذا الأمر سوى حالة التلبس بالجريمة؛ فإن هذا الاستثناء لا يقوم في شأن نص المادة ٤٤ من الدستور التي جاء حكمها مطلقاً غير مقيد. وهو ما يحتم صدور الأمر للقضائي في كافة صور تفتيش المساكن لضمان حرمتها، على تقدير أنها مستقر من يشغلونها وموطن سكنتهم؛ وأنها كذلك مهاجهم التي يأوون إليها، ومكان أسرهم التي يودعونها فيها. فلا تكون حرمتها غير جزء من الحرية الشخصية.

ولا كذلك تفتيش الأشخاص، إذ يجوز أينما وجئوا -ربغير أمر قضائي- حال تلبسهم بالجريمة.

ومن ثم يكون الدستور قد أحاط دخول المنازل وتفتيشها بضمانتين هما صدور أمر قضائي بذلك، وأن يكون هذا الأمر مسبباً.

ولا تكفي حالة التلبس لإسقاط هاتين الضمانتين. ذلك أن إعفاء تفتيش الأشخاص من شرط صدور الأمر القضائي في حالة التلبس بالجريمة وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور، ليس إلا استثناء لا يقاس عليه^(١).

(١) دستورية عليا -للقضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية- جلسة ١٩٨٤/٦/٢ -قاعدة رقم ١٢- ص ٦٧ وما يندرج من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

المطلب السابع

إخلال القبح والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة

The right to privacy

٧٧٤- الحق في حرمة الحياة الخاصة من أهم الحقوق التي تحرص الدساتير المعاصرة على ضمانها^(١)، وهو وثيق الصلة بكرامة الإنسان وفي أن يظل آمناً مطمئناً إلى أن الجدران التي تحيط به لن تخترقها أذان تفتحها ولا عيون ترصد ما يدور داخلها. ومن ثم لم يكن (غفل النص على هذا الحق في بعض الدساتير، حاجباً لوجوده، ولا مانعاً من تقريره، فقد صار هذا الحق مكفولاً. تسانداً على بعض الحقوق التي نص الدستور عليها، كالحق في ألا يتم القبض أو التفتيش في غير ضرورة، وأن تكون للمنازل حرمتها، وللوسائل البريدية والبرقية والهاتفية سريتها، لتشكل هذه الحقوق جميعها -وما هو على موالها- إطاراً لعموم الحق في خواص الحياة، فلا يكون هذا الحق غير فيض للحقوق التي صرح الدستور بها وكفل ضمانتها.

فالدستور قد يكتفى بالنص على حرية القول وحرية الصحافة. ولكن هذه الحرية ذاتها بضمنها بصورة أفضل، ويعطيها فاعليتها، ليس فقط مجرد النطق بالكلمة أو طباعتها، وإنما بقويها الحق في قراعتها وتلقيها، وضمان توزيعها ونشرها، والحق في التحقق من صحتها، وحرية تعليمها وتلقيها. ذلك أن الآراء على اختلافها من وسائل الاتصال التي يمر الأفراد بها عن معان يريدون نقلها إلى الآخرين، من خلال برقياتهم وخطاباتهم. وهواتفهم وغيرها من وسائل الاتصال التي تبلور رسالة وحرصون على اتصال غيرهم بها.

وقد يكفل الدستور الحق في التعليم. ويعتبر هذا الحق مشتملاً بالضرورة على حق الآباء في اختيار المعاهد التعليمية التي يرونها أكثر ملاءمة لأبنائهم، ولكل لتطوير ملكاتهم، وأننى نوع التطعيم الأقرب لظروفهم.

وضمنان حرية التعبير بطرح بالضرورة تقرير الحق في الاجتماع، باعتباره إطار هذه الحرية وقاعدتها، والطريق إلى ترويجها.

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من دستور جمهورية مصر العربية على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة بحميها القانون. وقد قضى بأن الصيغة التي يكفلها الدستور الحق في الحياة الخاصة سواء في نطاق العائلة أو الزواج أو الحمل، لا تتسع للسلوك الجنسي الشاذ، ولو كان رضائياً.

[Consensual homosexual sodomy (Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)).

بمسا مؤده انتقاء وجود أى حق مستورى فى اللواط، لا فى نطاق الحرية المنظمة، ولا على صعيد الحقوق الفائرة فى قيم أو تقاليد المجتمع، بل هو جريمة ضد الطبيعة A crime against nature.

فإذا نص الدستور على حرية الاجتماع، تفرع عنها حق الفرد في اختيار المنظمة التي يريد الانضمام لها، وحق الخروج منها، وحق الالتحاق بأكثر من واحدة يعمل من خلالها على تحقيق الأغراض التي يطلبها. ولكل منظمة تم تأسيسها وفقا للدستور سؤاها كان شكلها أو نوع نشاطها- الحق في ألا تقدم للجهة الإدارية بيانا عن أعضائها. ذلك أن حرية الاجتماع سركلما كان موافقا للدستور- تفيد بالضرورة أن يكون هذا الاجتماع مغلقا، مقصورا على أفراد تجمعهم وحدة المصالح التي يدافعون عنها، وأن تكون خواص حقيقتهم سهما في ذلك أسماؤهم- واقعة وراء جدران مغلقة.

٧٧٥- ولا يحيط الدستور بكافة أشكال الحياة الخاصة للمواطنين، وإنما يركز عادة على بعض مظاهرها أو أنماطها^(١) كحق كل فرد في أن يختار زواجا، وأن يتخذ ولدا، وحق المرأة في ألا تحمل^(٢)، ولا شبهة في أن للحقوق المنصوص عليها في الدستور، ضماناتها التي ترتبط بغيرها من الحقوق التي تعطىها معانيها وتربها. فلا تفصل الحقوق المنصوص عليها في الدستور عن غيرها مما يتكامل معها. بل إن الحقوق القائمة في الدستور، غالبا ما تشي بحقوق جديدة تستتبط منها عقلا، لتكون الحقوق الجديدة من قبض الحقوق القائمة بالنظر إلى الصلة المطلقة التي تضم بعضها إلى بعض، أو تفرع بعضها عن بعض Penumbras of constitutional provisions^(٣).

٧٧٦- وكثيرا ما يظهر الحق في حرمة الحياة الخاصة The right to be let alone، من خلال مناطق من الخصوصية تكفلها نصوص صريحة في الدستور. فالحق في الاجتماع، مفاده أن يخلق على أفراد تضمهم وحدة المصالح التي تقرهم من بعضهم، فلا يكون الاجتماع مفتوحا لغيرهم.

وحق الأفراد في ضمان حرمة أوراقتهم ومتعلقاتهم وأشخاصهم ومنازلهم من صور القبض أو التفتيش غير المبررة، ما تقرر إلا لضمان بعض مظاهر الحياة الخاصة التي لا

(١) يقضى التعديل التاسع للدستور الأمريكي، بأن النص في الدستور على حقوق بعضها، لا يجوز أن يسر على معنى إنكار أو تعطيل حقوق أخرى يحتجزها الشعب لنفسه.

أنظر في ذلك:

The rights retained by the people: The history and the meaning of the ninth amendment [Randy E Barnett, ed., (1989)].

وتؤكد لغة وتاريخ هذا التعديل على أنه إلى جانب الحقوق الأساسية المنصوص عليها في التعديلات الثمانية الأولى للدستور الأمريكي، توجد حقوق أساسية إضافية لا يجوز أن تتدخل الدولة فيها.

(٢) The right of a woman to determine whether or not to bear a child.

(٣) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

يجوز اقتحامها. وحق الأشخاص في ألا يشهدوا على أنفسهم جبراً عنهم بما يدينهم بمؤداه تخويل كل فرد الحق في أن يعصم بمناطق من خواص حياته يتكتمها عن الآخرين حتى لا يكشفها لأحد بما يضر بمصلحته.

٧٧٧- وتظل الحقيقة المحورية في النظم الدستورية جميعها، هي أن النص في الدستور على حقوق بذواتها، لا يحول دون التسليم بحقوق أخرى ترتبط بها، وتعطيها معانيها باعتبارها من فيضها^(١). وهي قاعدة مفادها أن دائرة الحقوق المنصوص عليها في وثائق إعلان الحقوق، غير مغلقة على نفسها، ولكنها تكسب من خلال التفسير عليها.

٧٧٨- وسواء تعلق الأمر بالحق في الخصوصية أو بغيره من الحقوق المنصوص عليها صراحة في الدستور، أو التي تستخلص ضمناً من مفهوم قواعده وأصول أحكامه، وجوهر المعامل التي ينظمها، فإن للحقوق جميعها دائرة لا يجوز اقتحامها.

ذلك أن الدخول فيها يعرقل هذه الحقوق ذاتها، أو يحد -في غير ضرورة- من إبدائها لثمارها. وإذا جاز للمشرع على ضوء هذا الأصل، أن ينظم الوسائل للولاية من الحمل، وأن يحدد صور التعامل فيها وطرق توزيعها؛ إلا أن مصادرتها أو حظر استعمالها، يناقض الحق في صون دخائل العلاقة الزوجية The right of marital privacy التي يتعين أن تكون أدق أسرارها بيد أصحابها ويقومونها بالوسائل التي يرون ملائمتها. ذلك أن للعلاقة الزوجية تمثل لأطرافها أعمق مظاهر حياتهم خفاء، وأغظها ميثاقاً بعد أن ألقى بعضهم إلى بعض بما لا يجوز لآخرين أن يعرفوه، فلا يكون همساً، ولا خير مظاهرها أو شرها، ولا قراراتها الداخلية، إلا تعبيراً عن أخص حرمانها^(٢). بل إن للعلاقة الزوجية هي نتاج حقوق الأفراد في الاجتماع والتواصل Associational rights.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذه الحقيقة بقولها بأن الزوجين يمتزجان في وحدة برتضيئانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نيتها مترامياً على طريق نياتها، وعبر امتداد زمناها. وهي بذلك تعد نهجاً حميماً وتبعاً صافياً لأدق مظاهر الحياة وبلغها لثراً، ليكون

(١) حق المرأة في ألا تحصل ليس بحق مطلق، بل هو من قبيل الحقوق الموصوفة

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979); Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975).

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

الزواج في مضمونه وممراته، عقيدة لا تنقسم عراها أو تكن صلاتيها، وتصل روابطها في عمقها إلى حد قسميتها، لتظهر الحياة الشخصية من خلالها في أكثر صورها تألقاً وترفها (١).

٧٧٩- وحتى إذا كفل الدستور الحماية لبعض مظاهر الحياة الخاصة، فإن ذلك لا يفيد استبعاد ما سواها من ملاحظتها. ذلك أن حرمة هذه الحياة مبدأ عام ينظمها في كل صورها وأشكالها (٢) Non inclusive list of rights. يؤكد هذا النظر:

أولاً: أن الحماية الدستورية كما تتعلق بالحقوق التي نص الدستور صراحة عليها، فإنها تغطي كذلك تلك التي تدرج ضمنها تحتها، وتعتبر من مشمولاتها. وقد آمن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، بأنها موجهة ليس فقط لحماية الحقوق التي عدتها حصراً، وإنما كذلك لصون حقوق أساسية إضافية لا نص عليها في هذه الوثائق، إلى حد القول بأن الحق المجرد في الاجتماع، يفترض اختيار الزوج لزوجته، باعتبار أن الأسرة التي يقيمانها في إطار علاقة الزوجية، هي في حقيقتها شكل من أشكال حرية الاجتماع.

ثانياً: أن القيم التي يحتضنها الدستور لا تنفصل عن وسائل تحقيقها. ومن المتصور بالتالي أن تتنوع هذه الوسائل، وأن تتحد دروبها، وأن تتطور مفاهيمها، لتغطي جميعها إلى تلك القيم، فلا تكون إلا طرائق لضمانها. وهي طرائق يكفل الدستور مرونتها حتى لا تجمد حركته وينكسر في مواجهة الآمال الجديدة وطموحاتها، وتنتل للحرية المنظمة Ordered liberty (٣) ليوها المفتوحة.

ثالثاً: من المحظور في إطار الحق في الحياة الخاصة، أن يفرض المشرع على الأفراد، نمطاً معيناً لحياتهم؛ ولا أن يصبها في جدران يقيمها؛ ولا أن يلزمهم بنوع الحياة التي اختارها لهم. فلا تكون أسوارها غير تحديد كامل لأشكالها.

يؤكد هذا للنظر، أن الحقوق التي احتجزها الدستور للمواطنين كافة، لا تتحدد دائرتها إلا على ضوء أوضاعهم المتطورة. وهي بذلك في اتصال دائم باحتياجاتهم، لتخرج هذه الحقوق

(١) القضية ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٢٨ - من ٥١٧ من الجزء

السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, ibid, at 488, 491, 492.

وفي نطاق حماية الحق في الخصوصية قضى بحد دستورية تجريم حيازة شخص لمراد ماجدة،

لاستعمالها في بيته الخاص.

Stanley v. Georgia, 394. U.S. 557 (1969).

(٣) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

إلى أفاق مفتوحة تكفل حيوية حركتها واتساع مجالاتها. وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن دائرة الحقوق المنصوص عليها في الدستور يضطرد اتساعها من خلال تفسيرها المرن والمتطور، إلا أن تقليصها لا يجوز إلا بتعديل الدستور.

٧٨٠- على أن حق الفرد في حرمة الحياة الخاصة، لا يتعلق فقط بنطاق المسائل الشخصية التي حجبها عن الآخرين؛ ولا بالحق في أن يتخذ أكثر قراراته اتصالاً بمصيره، وأنشئها تأثيراً في أنماط الحياة التي يفضلها، ولا بالعلاق للزوجة وما هو صميم من روابطها، بما يعينها على النماء والتكامل ويكفل وحدتها^(١)؛ ولا بمعلوماته التي يتلقاها أو يحوزها في شأن أخص الروابط وأصقها بخائل نفسه. ذلك أن حق الناس جميعهم في حرمة خواص حياتهم، مفهوم عام يتناولها من أقطارها كافة، ليشمل كل ما ينبغي كتمانها منها في نطاق توقعهم للمشروع. فلا تتسلقها الدولة زحفاً عليها بما يقوض أكثر العلائق الشخصية عمقاً ومودة وثقانياً، ويهدر لقيم الخلقة التي تحيط بالحياة وتكفل دواها واستقرارها.

٧٨١- وتفترض حرمة خواص الحياة؛ حظر تدخل السلطة بغير مبرر فيما ينبغي أن ينفرد به كل إنسان من الشؤون، وعلى الأخص تلك التي تتعلق ببناء الأسرة وإنجابها، وباختيار نوع التعليم لأبنائها، وبتقويمهم خلقياً ونفسياً. وكذلك حق الأسرة في تعميق قيمها، وتقويم مناحي سلوكها، وأن تعمل في نطاق أعرافها وتقاليدها بما يكفل تماسكها، ويوثق روابطها، ويصون تراثها.

ومن ثم ارتبط الحق في تكوين الأسرة بالحق في صولها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدتها أو يؤثر سلباً في القيم التي تتصهر فيها.

بما موداه -رعى حد قول المحكمة الدستورية العليا- أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغواراً لا يجوز النفاذ إليها، وينبغي دوماً ألا يقتحمها أحد ضماناً لاسريتها، وصوناً لحرمتها. فلا يكون اختلاس بعض جوانبها مقبولاً.

وهذه المناطق من خواص الحياة وداخلاتها، تصون مصلحتين تتكاملان فيما بينهما، وإن بديتاً منفصلتين. ذلك أنهما تتغلغلان بوجه عام بنطاق المسائل الشخصية التي ينبغي كتمانها.

(١) يلاحظ أن المؤسسة العائلية من بين أهم المؤسسات التي توليها المحاكم اهتمامها في مجال صون حرمتها وخصوصياتها؛ أنظر في ذلك:

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928).

لحق الأفراد في العيش سوية في نطاق عائلة تجمعهم، يعتبر حقاً دستورياً.

وحجبها عن الآخرين، وكذلك بما ينبغي أن يستقل به كل فرد من سلطة التقرير فيما يؤثر في مصيرها.

وتأولر هذه المناطق جميعها التي يلود الفرد بها، مطمئناً لحرمتها، وامتناع إخضاعها لأشكال الرقابة ولذواتها على اختلافها، الحق في أن تكون للحياة الخاصة تخومها، باعتبار أن صونها من العدوان، أوثق اتصالاً بالقيم التي تدعو إليها الأمم المتحضرة، وكفل للحرية الشخصية التي يجب أن يكون نهجها متواصلًا، ليوائم مضمونها الأفاق الجديدة التي ترنو الجماعة إليها^(١).

٧٨٢- وكلما حظر المشرع -من خلال عقوبة جزائية فرضها- على الأفراد القيام بعمل معين، وكان منعم من هذا العمل تخلصاً من المشرع في خواص حياتهم، كان موقفه في ذلك مخالفاً للمستور.

وهو ما قررتة المحكمة الدستورية العليا في شأن نص المادة ٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي حظر بها المشرع احتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد، وقرن هذا الحظر بعقوبة جزائية لضمان تنفيذه، وبجزاء مدني لبطال به كافة العقود التي تم أو التي يتم إبراسها بالمخالفة لحكمه.

وتؤسس المحكمة قضاءها بمخالفة هذا الحظر للمستور، على أن الذين يحتجزون أكثر من مسكن في البلد الواحد، مكلفين بمقتضى نص المادة ٨ المشار إليها بأن يقدموا إلى محكمة الموضوع -في جلساتها المفتوحة للكافة- أدلتهم على توافر مبرر هذا الاحتجاز. وهم بذلك يخوضون فيها ويعرضونها على كل من حضر جلساتها هذه، كاشفين عن بعض أخصى دخائلهم وأوثقها اتصالاً بخواص حياتهم التي ما قصد للمستور بحمايتها غير أن يوافر لهذه الحياة أسرارها ليتكتمها أصحابها عن الآخرين.

فإذا حملهم المشرع على انتهاكها بأنفسهم من خلال تقديم أدلتهم على توافر العذر المبرر لهذا الاحتجاز، كان تصرفه مخالفاً للمستور، وعلى الأخص في نطاق الأسرة التي تقوم في

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ١٢/١٢- ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٧- ص

٢٩٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

جوهرها علي وحدة بفيانها وترابط مصالحها، فلا تكون نهبا لأخرين بقعون على أسرارها، وقد يطلعون على عورتها^(١).

٧٨٣- وتعلق الحماية الدستورية بخواص الحياة للناس جميعهم، مؤداء انصرافها إلى شئونهم الشخصية وإلى حرمة مساكنهم، وإلى حق ضحايا الجريمة في كتمان أسمائهم عن الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، وعلى الأخص ضحايا الجرائم الجنسية من النساء اللاتي يشهر بهن نشر وقائعها بما يعرضهن لأشكال من الحرج لا قبل لهن بتحملها، وقد يمنعهم النشر المحتمل عن هذه الجرائم، من الإبلاغ عنها، ليفر جنايتها من صور الجزاء التي تردعهم وتمنع تربيهم في الجريمة من جديد. وقد تظل عاقلة في الأذهان -ولمدين طويلة- التفاصيل الكاملة التي ربطت بين تلك الجرائم، فلا يكون بيان أسمائهن في الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، غير إهدار متصل لكرامتهن. وربما عزلهن بصفة كاملة عن محيطهن.

كذلك لا يجوز لأية جهة -إلا تعين مساهمتها مدنيا وجنائيا- أن تتخذ من اسم أو صورة شخص معين -غير موثقته- مجالا لاستغلالهما تجارياً سواء من خلال إعلان أو مطبوع. فإذا كان هذا الشخص قد تولى، تعين على من يعلن الاسم أو الصورة بقصد ترويجها أو الترويج منها، أن يحصل على موافقة ورثته.

والقول بأن نشر هذه الصورة أو الاسم، هو استئصال لحرية التعبير، مردود؛ بأن هذه الحرية لا تناقض حق الناس جميعهم في أن تكون لهم ملائمتهم التي يفتنون إليها من عذاء يومهم، ويهجمون إليها مطمئنين إلى خفاياها عن الأعين التي تقصصها، وأن تحظى أسمائهم وصورهم بالتالي بالحماية التي تحول دون تداولها لأغراض تجارية، بل ولو كان نشر صورة الشخص، لا يختلط بالربح أو يتوخاه. ذلك أن الحرية ينقضها إطلاقها، ويكفلها إمساکها من أعنتها حتى لا تتحول إلى حرية منجرفة لا عاصم من شرورها.

وما ينشر من التقارير أو الأخبار الكاذبة عن أشخاص بما يشوه سمعتهم، يعتبر إخلالاً بالحق في خواص حياتهم، بشرط أن يكون الجناة قد اندفعوا إلى نشر تخرصاتهم غير عابئين بصدقها أو بكنيها Reckless behavior؛ وكذلك إذا كانوا يدركون زيفها، ولم يمنعهم من نشرها، علمهم ببهتانها Fraudulent intent^(٢).

(١) للقضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" من ١٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

ويظل واجباً أن نوازن بين حرية التعبير ومتطلباتها من جهة، وبين نطاق القيود التي تنظمها وتحدد إطار حركتها بما لا يرهقها.

فالناس في منازلهم التي يلونون بها لضمان راحتهم، ويعتصمون بحرماتها من كل دخيل عليها، يؤرقهم أن يطرق أبوابها أغيار يفرضون عليهم مطبوعاتهم بالطريقة التي يرونها، وفي الأوقات التي يختارونها، سواء كانوا راغبين في تلقيها أو عازفين عنها.

ذلك أن ضمان الناشرين لأفضل الفرص لترويج بضاعتهم، ليس حقاً مطلقاً غير مقيد بالقيود التي تنظم طريقة ترويجها وزمنها ومكانها. وإنما تثير الحقوق التي يكتفلها المستور لأصحابها -وبالضرورة- حقوقاً لآخرين ينزعونهم فيها، أو يضارون بسببها. ويتعين أن يتحقق التوازن بين هذين النوعين من الحقوق بما لا يخل بالإطار المنطقي للحياة المنظمة.

وشروط هذا التوازن، ألا يقتحم الموزعون لمطبوع منازل آخرين ليفاجئوا بوجوده تحت أبوابها بغير قبولهم، ولا أن يتركوه في صناديق البريد التي تخصصهم. فلا يكون إطلاعهم على ما فيه، عملاً اختياريًا، شأن الآراء التي يروجونها من خلال مطبوع يلقون به إلى الناس في منازلهم أو ملحقاتها، شأن الصور الظلية التي يبحثونها إليهم في هذه الأماكن بغير علمهم، سواء أكانوا من ملاكها أو مستأجرين لها.

ذلك أن مدامتهم بالصور الفاسقة، وما يقرنها من إمكان اللقاء بأصحابها في العناوين التي تخبئ تلك الصور بها، وما يصاحبها كذلك من فحش التطبيق على أوضاع جنسية يمارسونها كل ذلك يفجهم في أدق مشاعرهم ويناقض قيمهم الأخلاقية. وأثرها على الصغار -الذين تتصل أيديهم بها- أسوأ عاقبة وألدح خطراً. وهو ما يتحقق على الأخص كلما تضر على البالغين والقصر تجديها بعد فرضها عليهم^(١).

٧٨٤- ومن هذا المنطلق، لا يجوز نقابة تعمل للنفاذ عن مصالح عمالها، أن توجه إلى أوليهم في منازلهم، رسائل تشوه سمعتهم، أو تخرض الصال على الثورة عليهم بما يخل بالنظام في جهة العمل، وعلى الأخص إذا لم تكن لهذه الرسائل صلة منطقية بالأغراض التي تقوم النقابة على تحقيقها.

٧٨٥- ويظهر مما تقدم أن لحماية حرمة الحياة الخاصة لشكالا متحدة، أهمها:

(١) انظر في ذلك: مؤلف الأستاذ جاك رويير بالتعاون مع الأستاذ جان دي لفر Jean Duffar وعنوانه حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - الطبعة الخامسة ص ٣٦٩ وما بعدها.

أولاً: حماية حرمة المنزل من اقتحام أعيان لها، أو تنصتهم على ما يدور فيها، أو تصويرها بغير موافقتهم، ولو بطلقة.

وكما أن سيادة الدولة على إقليمها لا يجوز انتهاكها، فإن منزل الشخص يمثل بالنسبة إليه المكان المتميز *Le lieu privilégié* الذي لا يجوز أن ينازعه أحد فيه، ولو كانت السلطة العامة هي التي تمد بصرها لداخله. ذلك أن المسكن ليس مجرد مكان اختاره للشخص لنفسه ليقيم فيه؛ وإنما هو ملجأ يعتصم به من تدخل الآخرين، ويؤمن اقتحامهم لأسراره، ووقوفهم على خباياه، وهتكهم لما يدور فيه مما يتعلق بخواص حياتهم.

وسواء أصر المنزل تفسيراً ضيقاً بقصره على المكان الذي يتخذ الشخص سكناً، أم كان تفسيره واسعاً مشتملاً على كل مكان يرتبط به الشخص برابطة لها خصوصيتها، ولو كان قارباً خاصاً يخبر البحار، ويتخذه الموجدون فيه مستقراً لهم؛ أو كان مكاناً يزاول فيه حرفة أو مهنة، فإن قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مضطرد على رفض كل مفهوم ضيق للمسكن، ويلحق به كل مكان يباشر الشخص فيه نشاطاً تجارياً أو مهنياً يقتضى أن يظل في مأمن من التدخل للتحكم لرجال السلطة؛ وإن جاز التدخل في حرمة المكان -مفسراً على النحو المتقدم- بناء على أمر من قاضي التحقيق، أو من قبل أحد رجال الضبط القضائي في الجرائم المتلبس بها^(١).

وقد مايز قضاء المحكمة الدستورية العليا بين حرمة المسكن المنصوص عليها في المادة ٤٤ من الدستور من جهة؛ وبين حق القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر من جهة أخرى، وهي تؤسس اجتهادها في ذلك على أن الدستور غاير في الحكم بين هاتين الحالتين. فبينما لا تجيز المادة ٤١ من الدستور -وفيها عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر، أو منعهم من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن الجماعة، علي أن يصدر الأمر من القاضي المختص أو من النيابة، وليس بشرط أن يكون مسبباً؛ فإن نص المادة ٤٤ من الدستور لم تجز دخول المساكن ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً. ولم تستثن من ذلك حالة التلبس بالجريمة.

وترد المحكمة الدستورية العليا حرمة المساكن التي كفلتها المادة ٤٤ من الدستور بإطلاق لا تخصيص فيه، إلى خليط من الحقوق والحريات التي نص الدستور عليها، إذ

(١) Cour 16-12-1992, Niemiety, n os 30-31.

تؤسسها على الحرية الشخصية، وكفرع منها، وكذلك على الحق في حرمة الحياة الخاصة. التي تكشفها خصائص المسكن باعتباره مهجماً للفرد، وموطن سره، وموطئ سكنته^(١).

وربما كان من الأولف، أن تؤصل المحكمة الدستورية العليا حرمة المسكن على الحق في حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليه في المادة ٤٥ من الدستور باعتباره الحق الأقرب اتصالاً بهذه الحرمة. ولئن كان اتخاذ الشخص سكناً يستقر فيه، فرعاً من إرادة الاختيار التي تنفرع بدورها عن الحرية الشخصية، إلا أن حرمة الأملكن المسكونة، مردها إلى خصوصيتها من جهة اطمئنان ساكنيها إلى أن ما يدور في داخلها، لن ترصده أذان مرهنا سمعها، ولن تبصره عيون تريد خرق حجبها، ولن لأحاديثهم بها أو حتى إيماءاتهم أن يكشفها أحد، ولن أسرارهم في فلاح منيعة حصونها، مسئلة ستأثرها، تحيط بها ظلمة حالكة حتى لا تقع يد منطلقة عليها، أو تنفوس في أعماقها بقصد هتكها، ولو لمجرد التفتير بأصحابها.

ولئن كان الدستور قد ألفرد لحرمة المسكن، حكماً قلتما بذاته يتقدم نص المادة ٤٥ من الدستور التي تنص على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، فذلك بالنظر إلى ضرورة إيلاء اعتبار خاص لحرمة المساكن التي يفر الناس إليها من عناء يومهم مطمئنين إلى أن جدرانها لا لسان لها لتتلقى به، ولا عيون تملكها لتبصر بها، ولا أذان ترعفها لتتسقط بها كل كلمة تسمعها^(٢).

ثانياً: وتعتبر حرمة الرسائل المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من الدستور، والامة كذلك في نطاق حرمة الحياة الخاصة. ذلك أن الأصل فيها هو سريتها. بل إن سريتها هذه -وإياها كان محتواها- تقتض، إذ هي أصل يحكمها بالنظر إلى إفصاحها عن خوالج النفس وألق مكوناتها. وقد تكون في صورة مناجاة، أو تعبيراً عن ثورة ماحقة أو عن آمال مرتقبة أو مصائر منحردة. وهي في كل صورها اتصال بالأخرين. ومن خلالها يتبادل أطرافها التعبير عن سخطهم على أوضاع قائمة، أو عن هموم تؤرقهم وتحيط بهم، أو عن عاطفة جامحة تنبض بها قلوبهم. أو غير ذلك من مبدل للتواصل الحميم أو المنحوم بين الناس.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٢ يولية ١٩٨٤ - قاعدة رقم ١٧ - من ٦٧ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ويلاحظ في الحكم المتقدم أن المحكمة الدستورية العليا خاضت في خصائص المسكن باعتباره مأوى للفرد وموضع سره وسكنته، وإن كانت هذه الخصائص علة للحرمة وإبست مصدرها.

ولا يجوز بالتالى فض هذه الرسائل ولا الإطلاع عليها أو تغيير وجهتها، ولا تحريفها عن محتواها، ولا إخفاؤها أو طمس بعض عباراتها، ولا إساءة استخدام مضمونها، أو إذاعتها، بغیر إذن أطرافها.

بل إن الاختراق المتصاعد للناس فى أحاديثهم التليفونية، كان محل انتقاد المحكمة الأوربية لحماية حقوق الإنسان^(١)، مما حمل بعض الدول المعتبرة أطرافا فى هذه الاتفاقية، على أن تعلق جواز رصد أحاديثهم هذه وتسجيلها، على شرط صدور أمر قضائى بها يتفيا للتكليل على وقوع جريمة تغل بصورة خطيرة بالنظام العام، ويقصد الوصول إلى جناتها، وبشرط ألا يتم رصد أحاديثهم عن طريق الخداع أو بالالتواء، وأن يكون لأطرافها حق بيان حقيقتها فى إطار حق الدفاع.

ومن غير المتصور فى إطار الدولة القانونية التى تقوم على قاعدة خضوعها للقانون، وتقيدها بالتالى بقواعد تطو عليها، وتعتبر إطارا لسلوكها وضابطا لتصرفاتها، أن تمتنع الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال من خلال أعمال تأتيتها السلطة التتفونية بقصد فضها وقولاً على محتواها، ثم مطاردة أصحابها وتعقبهم بعد كشفها عن نوايا أضمرها، أو أفعال أعدا لها عدتها، ولو كان هدفها إجراء تغيير بالوسائل السلمية.

ذلك أن مصلحة الدولة فى صون أمنها حددتها قواعد الدستور. وإطلاق هذه المصلحة من عقائلا وإعطائها معنى مفرطة فى اتساعها، مؤداة أن تصير الحرية الفردية رهن إرادتها، نقيها وفق مشيئتها أو تقوضها بقلها. فالجريمة المنظمة، والجريمة الإرهابية، والجنائية بوجه عام، لها من خطورتها ما يقتضى رصد منبريها وتعقبهم. إلا أن ذلك لا يجوز بغیر أمر يصدر عن السلطة القضائية فى إطار ولايتها المنصوص عليها فى الدستور، وهو ما تنص عليه للقرة الثانية من المادة ٤٥ منه التى تكفل جرمة للرسائل وغيرها من وسائل الاتصال، وتصون سريتها ولا تعجز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى يكون مسببا، وموقوتا بمدة معينة، ووفق أحكام القانون^(٢).

ثالثاً: ويدخل فى إطار خلوص الحياة، أن يظهر للشخص أمام الآخرين بالطريقة التى اختارها لنفسه^(٣).

(١) Cour 24-4-1990 Kruslin et Huvig.

(٢) تنص للقرة الأولى من المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون. وظاهر من ذلك أن قفرتها الثالثة منقوعة عن قفرتها الأولى.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et liberte's Fondamentales, cinquieme édition, p.p 370- 373.

Le droit de la personne d'être perçue par les tiers avec l'apparence qu'il a choisie

ذلك أن الشخصية تتحدد مظاهر إعلائها والتعبير عنها. ولكن صاحبها قد يختار أن يظهر بمظهر معين قبل الآخرين. فإذا لم يكن هذا المظهر منطقياً عن إخلال بالنظام العام، تعين التسليم به، وتوفير الحماية للصورة التي أراد أن يتخذها، فلا يشوهها أحد.

فالمصحفة التي تنشر الأسماء الأصلية التي حرص أصحابها على إخفائها، أو قاموا بتغييرها، تخل بخواص حياتهم، لأنها تظهرهم في غير الصورة التي أرادوها لأسماهم.

وتغيير الهوية الجنسية -التي تتعلق بما إذا كان للشخص ذكراً أم أنثى- من عناصر الشخصية. ولا يجوز للدولة بالتالي أن ترفض إدراج البيان الصحيح الخاص بها، ولو تعلق الأمر بشخص كان ذكراً ثم صار أنثى أو العكس. ذلك أن عملية تحويله لجنس آخر، تم إجراؤها وفقاً للقانون (Le Transsexualisme^(١)).

ويتعين بالتالي التسليم بالهوية الحقيقية للشخص -كافة عناصرها- فإذا شوهها -بغير موافقة صاحبها- أحد من خلال عملية مونتاج أو عن طريق كاريكاتير يغير من الصورة التي هو بها، أو بوضعها في سياق يعطيها غير دلالتها، كان ذلك إخلالاً بالشخصية التي تتميز بتفردا وبخصوصيتها، وحق معاقبة المسؤولين عن هذا التغيير^(٢). والانس في أمراضهم، يقصدون أطباءهم الذين يعرفون حقائق حالتهم الصحية، وعليهم بالتالي كتمان أسرارها.

وتظهر بعض صور الحياة المعاصرة كذلك في إطار العلاقة الاقتصادية بين أطرافها وما أودعوه من الأموال في مصارفهم، لتظل من الأسرار التي لا يجوز كشفها. فإذا أعلنتها صحيفة، حق عقابها. ذلك أن موارد الشخص الحالية والمستقبلية، وكذلك تلك التي تملكها زوجته، تتصل بخواص حياتهم التي لا يجوز اقتحامها. وقد يفضل بعض الأشخاص أن تظل هويتهم مجهولة حتى لا يعرفهم أحد. فإذا أذاع شخص عنهم ما يحدداه ويظهرها، كان تصرفه مخالفاً للمستور والقانون.

رباعياً: على أن حق الأشخاص في أن يظهرُوا أمام الآخرين بالصورة التي يختارونها لأنفسهم ويرونها أكثر تعبيراً عن ذاتهم، ليس من الحقوق المطلقة. إذ يجوز أن يفرض المشرع في دائرة بذاتها، صورة بعينها على أشخاص يقعون في نطاق هذه الدائرة، حتى تؤكد

(١) المرجع السابق ص ٣٣٨.

(٢) فيما يتعلق بالرسم الكاريكاتوري يوجد ضامح كبير في نشرها بالنسبة إلى القانون بالمثل العام.

هذه الصورة بينهم، فلا يخلط آخرون بهم. وليس ذلك إلا تعريفاً بهم. ومن ذلك الأزياء التي يفرضها المشرع على رجال الشرطة. أو ضباط الجيش أو الطلبة في مراحل التعليم المختلفة.

وفي ذلك تقرير المحكمة الدستورية العليا^(١).

أن الحرية الشخصية لا ينالها أن يفرض المشرع في <دائرة ذاتها> قيوداً على الأشخاص الذين <يقعون في محيطها> تغير من الصورة التي أرادوا الظهور بها كجزء من ملامح شخصيتهم.

ويندرج في إطار هذه القيود، أن يلزمهم المشرع بأزياء بعينها يرتونها، بما لا يخلطهم بآخرين لا ينتمون إلى هذه الدائرة، وليس لهم صلة بها، لتظل هذه الدائرة وفقاً على أصحابها، يعرفهم الناس بأزيائهم التي توحد بينهم، وتسهل التعامل معهم. وتلك مصلحة مشروعة لا نزاع فيها.

وتزيد المحكمة العليا الأمريكية وجهة النظر هذه تأسيساً من جانبها على أنه وإن جاز للمواطنين بوجه عام أن يظهروا بالصورة التي يريدونها، إلا أن المرأة التي تعمل في جهاز الشرطة لا يجوز لها أن تطلق شعر رأسها منعديلاً على كثفها بالطريقة التي تراها. ذلك أن العاملين في الشرطة يجب أن تتوحد أزيائهم حتى يعرفهم الناس بسهولة من خلالها^(٢).

وقد عارض القاضيان بريذن ومارشال -وهما من أعضائها- الحكم المتقدم على سند من القول بأن مظهر الشخص، صورة من الحرية التي يكفلها الدستور. إذ يبلور هذا المظهر الشخصية الفردية ويعلن عنها ويغنيها. وهو كذلك تعبير عن الطريقة التي لفتت بها الشخص أسلوباً لحياته.

فضلاً عن أن ضمانات الحرية التي يكفلها الدستور، تشمل مظهره. فإذا لم يعبر عن هذا المظهر بالطريقة التي يراها، فإن الحق في خولص الحياة، والتعبير الذاتي عن الشخصية وتحقق تكاملها واستقلالها، يكون لغو^(٣).

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Kelley v. Johnson, 425 U.S. 238 (1976).

(٣) ويلاحظ أن الآراء المخالفة لتضاهي للمحكمة ملحقاً بذات الحكم السابق.

المطلب الثامن

إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في التنقل^(١)

La liberté d'aller et venir

٧٨٦- كان الإنسان منذ وجد، دائم الانتقال من مكان إلى آخر، باحثاً عن مأواه وما يقتات به، مقاتلاً أعداءه، حريصاً على أن يتخذ للحياة أسبابها في حدود قدراته. وكان يتحرك دائماً فيما بين موارد المياه، ليهجرها بعد انضوبها إلى موارد جديدة يقيم إلى جوارها، ويرعى ماشيته حولها. وهو في صراعه من أجل البقاء، في ترحال دائم، ولو إلى أبعد نقطة تبلغها قدماء، بطوع الطبيعة لظروفه، ويسفرها لاحتياجاته. ولم يكن في ذلك كله هائماً أو شريداً. بل واعياً بما يفعل، متخذاً من خطاه في الأرض، طريقاً إلى حياة يطلبها.

وصار حق التنقل في مبدأ أمره، ضرورة يقتضيها الحق في الحياة، وحقيقة مطلقة تصل الحياة بأسبابها، وتمثلها روحها.

وظل الإنسان في إطار هذه الأوضاع في حركة دائبة، لا يستقر في مكان واحد، ينتقل من جهة إلى غيرها. وكلما يصل مرة ثانية إلى النقطة التي بدأ الترحال منها.

٧٨٧- ويتطور الحياة، وتعدد وسائلها، وتزاحم الأفراد فيما بينهم وتتأخرهم -ولو لانتزاع ما لا يخصهم- وتوافر مظاهر القوة التي يتسلط بها بعضهم على بعض، صار تنظيم الحق في التنقل ضرورة تتطلبها التعايش في إطار الحرية المنظمة، وإن لم يكن ثمة جدل في أصل هذا الحق، ولا في توافقه مع الفطرة التي جبل الناس عليها، ولا في ضرورته لضمان الحق في الاجتماع وتوثيق حرية التعبير، وغيرها من الحقوق التي كفلتها للدساتير ووثائق إعلان الحقوق، كالحق في النقاضى والحق في العمل. وحتى الحق في بيئة نظيفة يعيش الإنسان في كنفها، لا يتصور بغير ضمان الحق في التنقل لتطهيرها من ملوثاتها.

وارتبط الحق في التنقل *Le droit de tout citoyen de circuler à son gré* بالناتج -على ضوء هذه المفاهيم- بأعلى القيم وأرفعها، وصار جزءاً لا يتجزأ من الحق في الحرية، بل ومن الحق في الحياة. وهما حقان لا يتصور ضمانهما بغير حق التنقل، بما يؤمن الحرية من عثراتها، ويوفر للحياة أسبابها، ويسق مظاهرها.

(١) الحق في التنقل، هو حق في التحرك، وهو حق طبيعي مقرر للأشخاص الطبيعيين وقد قرر المجلس

الاستورى الفرنسي أن الحق في التنقل، ذو قيمة دستورية.

٧٨٨- ولم يعد الحق في التنقل مقصوراً على الحدود الإقليمية، وإنما تعدت أسبابه إلى خارجها، وعلى الأخص في مجال عمل الصحافة التي يتسقط مندوبوها الأخبار من مواقعها، وينقلونها إلى من ينطلقون إلى إنبائهم بها، وتحولها.

وضار حق التنقل مفترضاً أولاً لمباشرة الصحافة لحريتها، وضماناً لتنقل الحقائق من كافة المصادر التي تستقيها منها. ذلك أن حرية الصحافة قوامها حرية إعلان الكلمة من خلال نشرها، حتى تصل إلى كل من يريد الاطلاع عليها، وإن جاز تنبيد للحصول على بعض المعلومات، من بعض المصادر، في إطار من الوسائل القانونية السليمة التي تنافي التحكم.

٧٨٩- كذلك يرتبط ضمان حرية التعبير برصد الأفاق المفتوحة التي تنهل منها، والانتقال إليها للحصول على كل معلومة تتخذها مادة لها. فلا تتنقل هذه الحرية في دائرة ضيقة، وإنما تتجدد وولدها، ويزداد اتساعها، بما يكتل تنقل عطائها، وتوثقها لكل جديد.

٧٩٠- والحق في التنقل كذلك ضمان لإسهام المواطنين في كل شأن عام، وللحصول من الدولة -سرع طريق مؤسساتها المختلفة- على الحماية التي يرجونها منها، سواء عن طريق اعترافها بحقوقهم التي أهملتها، أو بمعلونتهم في رد عدوان عليها. وهم بذلك يستوفون احتياجاتهم بالانتقال إليها وعرض ظلماتهم عليها^(١)، فإن لم تسعهم في إيفائها أو أخرتها عنهم، أو ناجزتهم فيها؛ لم يعد أمامهم سبيل غير الانتقال إلى دور القضاء لتفصل في كل نزاع بينهم وبين السلطة، أو بينهم وبين خصومهم من الأفراد، ليصيط حق المواطنين في التنقل بألماط حياتهم على اختلالها، ويتوجهاتهم أياً كان الطريق لتحقيقها وبمعايرهم إلى الحرية والرخاء والتقدم، فلا يكون هذا الحق غير إرادة الحياة بكل مظاهرها^(٢).

وهو حق يشمل المواطنين جميعهم، لا يمايزون فيه عن بعضهم البعض^(٣)، ولو بالنظر إلى عرقهم أو مكانتهم. وهو في الدول الفيدرالية حق للمواطنين في كل ولاية، ينقلون منها إلى غيرها، بغير فواصل إقليمية؛ ودون ما اعتدك بقرهم أو ببطالتهم، وسواء تطلق الانتقال بأشخاصهم أو بأموالهم.

(١) تلخص المادة ٦٣ من الدستور علي أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابةً وبشفاه. ولا تكون مخاطبة السلطات العامة باسم الجماعات إلا الهيئات النظامية والأشخاص الاعتبارية.

(٢) يلاحظ أن حق المرأة الماطبة في التنقل للبحث عن زلفتها، لا يرتبط بحرية الانتقال، وإنما بعرضها لجسدها والإكجار فيه وهو عمل غير مشروع.

(٣) ولا يجوز بالتالي للعدة أن يحظر على أشخاص بذواتهم في الدائرة الإقليمية للسودية، الانتقال من مكان إلى آخر فيها ولا أن يطلب منهم مستند قبل أن يصرح لهم بهذا الانتقال.

٧٩١- وحق الانتقال إلى ما وراء الحدود الإقليمية للدولة يحظى بالحماية ذاتها التي يكفلها الدستور لمن يتجولون في نطاقها.

وقد يكون انتقالهم من وطنهم -ولو بصفة مؤقتة- لضمان فرص العمل التي يبحثون عنها. وقد تكون هجرتهم من أوطانهم وفق الشروط والأوضاع التي ينظمها القانون.

ويظل الحق في الانتقال في هذه الفروض جميعها، موازيا في أهميته، طماع الناس وشرابهم، وضربهم في الأرض بحثا عن أرزاقهم، وسعيهم لضمان أمنهم، ونضالهم من أجل حريتهم. إذ هو مدخل لكل ذلك. بل هو يمثل في إطار النظام القانوني للقيم، أكثرها حيوية واتصالا بالحق في الوجود.

٧٩٢- على أن حرية المواطن في التنقل -ولو فيما وراء حدود بلده - تحكمها القيود التي يحيطها المشرع بها، بما لا إخلال فيه بشرط الوسائل القانونية السلمية. وللدولة بالتالي أن تمنع مواطنيها من الانتقال إلى بؤر الصراع، وإلى المناطق التي تتهدد فيها حياتهم بخطر كبير، كالبلدان المعادية، أو التي دهمتها فتن داخلية، أو مزقتها أطماع أجنبية، أو استشرت فيها نوازع عرقية تآكل الأخضر واليابس.

ولا كذلك حرمانها أفراد منظمة بعينها من الانتقال داخل الدولة أو خارجها، ولو كان نشاطها مناوئا لها، أو غير مقبول منها. ذلك أن منعه من الانتقال، يفترض سعيهم لتقويض نظمها انقلابا عليها. وهو اعتبار إذا توالى في حق المتورطين في النشاط غير المشروع لهذه المنظمة، لا يقوم في حق أعضائها الأبرياء الذين لا شأن لهم بدائرة إجرامها.

فلا تكون النصوص القانونية التي تحظر تنقل أعضاء المنظمة جميعهم، إلا مفرطة في اتساعها، تخطئ الأبرياء بالمتنبين، وتجمعهم على صعيد واحد، وتردهم إلى دائرة الجزاء عينا، بما يعوق حرياتهم التي كفلها الدستور؛ ولو علق المشرع حقهم في الانتقال، على تخليهم عن المنظمة التي انضموا إليها. ذلك أن التحالقم بتنظيم معين في إطار حق الاجتماع، موداه أن يكون دخولهم فيه، وخروجهم من إطاره، مطلقا على إرادتهم، لا على قرار من الجهة الإدارية.

٧٩٣- ويتعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تخطر إلى الحق في التنقل باعتباره أصلا لا يجوز تقييده إلا في أضيق الحدود. فإذا فوض المشرع جهة إدارية في أن تقرر بنفسها شروط حرمان المواطنين من حرية الانتقال، فإن منعه لمواطن من مباشرة هذه الحرية، يخوله حق التظلم من قرارها ومناقشتها كذلك في أنلتها، ثم الطعن على هذا القرار

حال إصرارها علي تنفيذه. والمحكمة أن تراجعها فيه، وأن تلغيه إذا كان فلاناً لسببه، وغير مشروع بالتالي. وهي بذلك تزن العناصر التي قام عليها القرار المطعون فيه، وتحققها وتصل فيها، فلا يكون قرار الحرمان من الانتقال موافقاً للدستور والقانون، إلا إذا اقتضته مصلحة لها اعتبارها كذلك التي تتعلق بالأمن القومي^(١).

٧٩٤- ويبدو الحق في التنقل أكثر أهمية في الدول الفيدرالية، بالنظر إلى الطبيعة المركبة لهيكلها السياسي، وباعتبار أن ضمان هذا الحق، يوحد شعوبها في الأجزاء المختلفة لإقليمها، ويكفل تماسكها ويحقق التداخل بين مصالحها، ويزيدها قوة وصلابة تتخطى بها العواجز الإقليمية التي تفصل ولاياتها أو مقاطعاتها عن بعضها، تظهر عملاً وكأنها كتلة متماسكة شديدة الترابط، عميقة التلاحم، فلا يتمزق نسجها، وإنما يكون صامداً عبر الأجيال، وخلال الجهود المختلفة.

ذلك أن ضمان حرية مواطنيها في التنقل بين أجزاء إقليمها، بغیر قيود تحكمية تعطل حركتهم، يوثق صلتهم بها، ويضمهم إلى بعضهم ويكفل حرية للتجارة فيما بينهم Interstate commerce، ويوحد شعوبهم لتأسيس وطن واحد ينوبون فيه، ويمحو الفوارق بينهم قدر الإمكان. ولئن كفل الدستور الفيدرالي لكل ولاية أو مقاطعة داخل الدولة الفيدرالية، استقلالها تشريعياً وتنفيذياً وقضائياً عن غيرها، إلا أن التنقل من ولاية أو مقاطعة إلى ولاية أو مقاطعة أخرى، بعيدة عنها أو قريبة منها، كثيراً ما يكون ترحالاً من أجل البحث عن فرص أفضل للعمل، أو استثمار أكثر جاذبية للمال، أو عن معاملة ضريبية أرفق، أو عن معونة اجتماعية أعلى Higher welfare benefits.

وليس لولاية بالتالي أن تصد أبوابها عن معوزين يطرقونها؛ ولا عن وافدين يطلبون العلم في معاهدها ذات المزايا الأفضل؛ أو يترددون علي مرافقها بقصد الانتفاع بها، ولا أن تمايز بين مواطنيها الذين استقروا في إقليمها سنين طويلة، وبين الذين يمرون في إقليمها مروراً عابراً من غير مواطنيها^(٢).

فللدول الفيدرالية تترابط أجزاؤها، وتتصهر دخلها الحدود الإقليمية لكياناتها السياسية الفرعية، مقاطعة كانت أم ولاية أم كانتونا. إذ ليس من شأن هذا التقسيم السياسي، أن تتفرق شعوبها وتتناثر، ولكنها تتوزع علي أجزاء مختلفة في الوطن الأم، لتكون لهم ذات الحقوق

(١) Kent v. Dulles, 357 U.S. 116 (1958).

(٢) Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

التي يكفلها الدستور للغيرالي لجموعهم، سواء قبل بعضهم البعض، أو في مواجهة الدولة المركزية التي لا يجوز أن تعاق حركتهم لدخلها، وغيرها^(١) Interstate movement.

٧٩٥- ويتكفل المحكمة الدستورية العليا حرية المصريين في الانتقال فيما بين ربوع بلدهم، غدوا ورواحا -كما في ذلك الحق في مغادرة الإقليم- فلا ينفرد فريق من بينهم بمباشرة حرية الانتقال لدخل بلدهم أو خارجها، وإنما يبشرها كل مواطن بما لا يقوض جوهرها، أو يخل بمصلحة قومية لها اعتبارها.

وهو ما تكل عليه المادة ٥٠ من الدستور التي تقول كل مواطن -وفيما عدا الأحوال التي يبيدها القانون- الحق في أن يقيم في الجهة التي يختارها لدخل بلده. فلا يرد عنها، ولا يجبر على أن يتخذ غيرها موطنًا. ومرد ذلك أن الحرية الشخصية أن تكتمل ملامحها بغير الحق في التنقل، وعلي الأكل باعتباره ضروريا لصون جوهر مكوناتها، وتأمين كافة الحقوق التي ترتبط بها

٧٩٦- والبين من المادتين ٥١ و٥٠ من الدستور، تقريرهما لضمانتين ترتبطان بالحق في التنقل. ذلك أن: أولاهما: لا تجوز منع مواطن من أن يقيم في جهة معينة، أو حمله على أن يقيم في مكان معين، في غير الأحوال التي ينص عليها القانون.

وتحظر ثانيتهما: إبعاد مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تكبيراً احترازياً لمواجهة خطورة إجرامية تتصل بالمواطن المبعد أو الممنوع من العودة إلى بلده.

ثم تأتي المادة ٥٢ من الدستور لتكفل للمواطنين جميعهم حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج، علي أن ينظم القانون هذا الحق، ويبين شروط الهجرة وإجراءاتها^(٢).

٧٩٧- وقد أعطى الله تعالى حرية الانتقال قيمتها العليا، فلم يجعل مباشرتها مجرد حق، بل واجباً كذلك حتى لا ينسحق الناس بالقرى وذل الحاجة، في جهة بذاتها يقيمون فيها. فقد بسط الله تعالى الأرض للناس جميعهم، وجعلها لهم مهلداً، وسواها وأعدق مرعاه، وأنشأها نولاً يمشون فيها، و يحصلون على احتياجاتهم منها.

(١) Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).

كذلك فإن من بين الحقوق التي تقتضي ضمان حرية الانتقال، حق الأشخاص في التشكي للسلطة العامة من ظلم وقع عليهم، وحقهم في التصويت لاختيار القاضين بالعمل العام، وحق الدخول إلى المباني الحكومية.

(٢) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ١٢٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ثم نهاهم -بعد أن عبدها لهم- عن أن يكونوا مستضعفين في الأرض مع رحابتها، تضيق بهم رغم اتساعها. فأمرهم بالانطلاق في مناكبها، لا يترددون خوفاً، أو يتعثرون تخاذلاً، وإنما يجولون فيها بقوة الإيمان ومضاء العزيمة، باحثين عن كرامتهم قبل قوتهم، بما يحفظ لقلوبهم جنوتها، فلا تهمد حركتهم في الحياة.

المبحث الثالث

الإيقاع بالآخرين Entrapment

٧٩٨- تقترض الجريمة في الأعم من أحوالها، إرادة ارتكابها، ويتقضى تحقيقها توصلاً إلى جناتها، جهداً متتابعاً من القائمين بأعمال الضبط الجنائي، وعلى الأخص في مجال تجميعهم للدلائل على وقوعها، استدلالاً بها على ثبوتها في شأن شخص معين، يعتبر في نظرهم مرتكبها.

ويحيط للمجرمون أنفسهم ونشاطهم بقدر كبير من السرية، ويحكمون تنظيماتهم حتى لا يعرفها أحد، ويبثون عيونهم في أماكن مختلفة لتتبعهم إلى كل خطر قائم عليهم، وليتجنبون شئونهم حتى لا يتركها غير المحوطين بهم من أعوانهم، ويتمسكون تضليل رجال القانون حتى تظل الجرائم التي يرتكبونها بعيدة عن أيديهم بما يحبط جهودهم ويعجزهم عن كشفها والقبض عليهم بغیر عمل من أعمال الخداع التي يستهدفون بها إيقاعهم في قبضة العدالة. ومن صور الخداع هذه بثهم لعمل من بينهم، أو من جهة غير هيئة الشرطة، يندس بينهم، ويعاضدهم في مظاهر سلوكهم المختلفة لإيهامهم بأنه مجرم مثله، يسير على منوالهم، ويتوخي تحقيق أغراضهم.

ويقدر مهارة العميل في الإيقاع، تكون قدرته على الإيقاع بهم أكبر. إذ يندمج فيهم، ويصير واحداً من أتباعهم. وقد يمولهم لتنفيذ مشروعاتهم الإجرامية، أو يسلم معهم في تخليق بضاعتهم أو ترويجها، وقد يصل دور العميل إلى حد تحريضهم على الجريمة. وذلك بأن يزينها في عقولهم، أو يصمم لهم خططها ومراحل تنفيذها، متوخياً بذلك أن يراهم مائتين أمام المحكمة ومعهم دليل جرمهم. فلا تكون أعمال الخداع التي أتاها غير تدبير محكم يخطط للجريمة بقصد كشفها وضبطهم مثبسين بارتكابها.

والعميل في كل ذلك يظهر لهم وراء شخصية مختلفة عن حقيقته، كأن يقتمص دور تاجر يريد شراء المواد المخدرة منهم، ويقنعهم بأن يعاونهم في توزيعها. وقد يقدم لهم المادة الأولية اللازمة لتخليقها حتى يورطهم بدرجة أكبر في جريمة صنعها^(١).

وقد يظهر العميل في صورة من يتاجر في الآثار، فيحصد إلى إقناع من يهربونها بأنه أكثر منهم على إخفاء ملامحها ثم تسويقها، فيودعون ثقتهم فيه، ويطلعونه على الآثار التي نهبوا، ويرتبون خططهم لنقلها إلى الخارج وبيعها بوصفهم شركاء في أرباحها.

(١) The Supreme Court, Entrapment and Our Grminal justice Dilemma, Sup. CT Review 111 (1981).

وقد لا يتعلق الأمر بأشخاص ضالعين في الجريمة، وإنما تحيط بهم شبهة تورطهم فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في الرشوة التي يشاع عن بعض الموظفين أنهم يتلقونها ممن يتعاملون معهم من أفراد الجمهور، فيعرضها العميل عليهم، حتى إذا قبلوها، أدانوا أنفسهم بأنفسهم.

٧٩٩- فنحن إذن أمام صورتين من صور الخداع والإيقاع:

إحداهما: تتعلق بأشخاص ضالعين في الجريمة قبل اتصال العميل بهم. وهم منخرطون فيها ومقبلون عليها ولو لم يتصل بهم هذا العميل. وإنما تقتصر دوره على حملهم على الإسراع فيها من خلال تسهيل خطواتها.

ثانيتهما: تتعلق بأشخاص ما كانوا ليتورطوا في الجريمة، لولا تدخل العميل.

فما هو حكم القانون في كل من هاتين الصورتين؟؟

تحكم هذا الموضوع نظرتان:

إحداهما شخصية: Subjective approach. وموداها أنه إذا كان الضالعون في الجريمة ليتورطوها، ولو لم يتصل العميل بهم ليتورطهم فيها، فإن الجريمة تكون من صنعهم بعد أن خططوا لها وتحبوا فرصتها، فلا يقبل منهم بعدئذ القول بأن العميل حرضهم عليها أو زينها في عقولهم^(١).

فإذا لم يكن من ارتكبتها ليتصل منها لولا تدخل العميل، فإن فعل العميل يكون محظوراً.

ومن ثم تركز النظرة الشخصية على الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، وما إذا كانوا قد خططوا للجريمة وعقدوا الحزم على تنفيذها قبل اتصال العميل بهم، أم كانوا أسوياء لا شأن لهم بها، ولكن العميل جرفهم إليها.

وثانيتهما نظرة موضوعية: Objective approach تولي اهتمامها لأعمال العملاء في ذاتها. فإن كان من شأنها التدخل في الجريمة على نحو يدل على خروجهم على واجباتهم الوظيفية محددة على ضوء مستوياتها المسلم بها، كان تدخلهم غير مقبول. ويتعين An intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise بالتالي إطلاق سراح من ورطهم العميل في الجريمة، سواء كانوا من قبل ضالعين فيها، أو لا

(١) Jacobson v. United States, 112 S.ct. 1535, 1540 (1992).

ينزعون لارتكابها، وذلك كلما كان تدخل العميل قد هبط بواجباته الوظيفية إلى حدود تتنافى خصائصها ومتطلباتها التي لا يندرج تحتها التحريض على الجريمة.
Entrapment regardless of predisposition.

٨٠٠- وتعمل المحاكم في مجموعها إلى النظرة الموضوعية التي تخولها تعمق أعمال عملاء السلطة، ومراقبة قدر تدخلهم بها في الجريمة، ووجه تأثيرها في إرادة مرتكبها. فكما كان هذا التدخل جسيماً بما يخل بالقواعد الرئيسية التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها، فإن هذا التدخل يكون محظوراً، ولو كان تدخل العميل قلماً على نبل دوافعه في مطاردة المجرمين، وجموحه في مجال تعقبهم والنيل منهم^(١).
Overzealous Law Enforcement Officers.

وعلى المحكمة أن تحقق في الفرع التي يقدمها المحامون والتي يتهمون بها العملاء بالإيقاع بموكلهم، وأن تنظر في كل حالة على حدة، وأن تحدد مدخلها للفصل فيها، على ضوء النظرة الشخصية أو الموضوعية التي تتخذها منهاجاً لها، والتي تحدد على ضوئها ما إذا كان تدخل العميل في حالة بذاتها جالزاً أو غير جالز.

فستأنداء إلى النظرة الشخصية، مؤداه أن الإيقاع لا يكون مبرراً، ما لم يكن الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، مقبلون على الجريمة يحنون الأوضاع الملائمة لتنفيذها إذا وافتهم فرصتها، ولو لم يكن العميل قد اقترب منهم.

Defendants disposed to commit the criminal act prior to first being approached by the government's agent

ولا كذلك تأسيسها لحكمها على النظرة الموضوعية التي تركز على العملاء أنفسهم، وتدينهم إذا كان سلوكهم في حالة بذاتها، مجاوزاً الحدود المنطقية لاستعمال سلطاتهم. وهو ما يتحقق إذا انحرفوا بتصرفاتهم عن مستوياتها التي يجوز القبول بها.

Whether the police conduct revealed in the particular case, falls below standards for the proper use of governmental power.

(١) والنظرة الموضوعية هي التي يوصى بتطبيقها في القوانين الجنائية:

See, American law Institute, Model Penal Code (1962); National Commission on Reform of Federal Criminal laws, A Proposed New Federal Criminal law (Final Draft 1972).

ولم تقبل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية النظرة الموضوعية التي أيدها بعض قضاتها ولوصى بها الكونجرس ومشروعو الولايات الأعضاء في الإتحاد.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, Printed by Congressional Research Service, pp.1751,1752.

وتختل مستوياتها هذه، إذا كان العميل قد خلق الجريمة بيد غيره، أو كان سببها من خلال التحريض عليها.

The Inquiry to be focused on, is whether the act instigated the crime

ويعتبر العميل صاندا للجريمة بيد غيره، إذا كان قد زود المتهم بمادة لا تقوم الجريمة إلا بها، ولو كان بإمكان المتهم أن يحصل عليها من مصدر آخر. ويعتبر تدخله في الجريمة محظورا كذلك إذا كان هو سببها من خلال الحض عليها، كأن يعاشر العميل امرأة لها ماض، ويوهما بصدق عواطفه نحوها، ثم يدفعها إلى مخالطة رجال آخرين بغير تمييز ولو بغير أجر، لئيهما بعد ذلك بالدعارة.

ذلك أن تدخل العميل في هاتين الصورتين ينافي شرط الوسائل القانونية الملمية التي لا تعارض الإيقاع بمجرمين غرض نشاطهم على الشرطة من خلال مظاهر التحوط التي يتخذونها. فلا يكون دخول العملاء في صفوفهم والاندماج معهم، تكبيراً منافياً لهذه الوسائل إذا كان ما يتوخاه منحصراً في الاتصال بالمجرمين حتى يطمئنا لهم، ويعرفونهم على مخازن الأسلحة التي هربوا، أو معامل تقطير الخمور التي أخفوها، أو أماكن تخليق المواد المخدرة التي يروجونها، أو طرق جلبها، ووسائل توزيعها؛ أو صور التعامل في الدعارة التي خططوا لها، وللنظم التي تدور بها شبكتها بما في ذلك وسائل اتصال الرجال بالبنات.

ولا كذلك دفعهم إلى الجريمة التي كانوا يخططون لها قبل اتصال العميل بهم. ذلك أن إجرامهم وإن كان جزءاً من الحياة اليومية التي ألفوها، إلا أن كل تكبير يتخذه العميل بقصد التحريض على الإصرار فيها أو لتزيينها على نحو يؤمن مخاطرها في عقولهم، هو تكبير غير مقبول. ويزداد الأمر سوءاً إذا كان تدخل العميل متصلاً بأشخاص لم يتأهبوا للجريمة، وإنما ورطهم العميل فيها^(١).

وتظل درجة تدخل العميل في الجريمة، معياراً حاسماً في اعتقادنا، لتحديد نقطة الفصل بين الإيقاع الجائز بالمجرمين، والإيقاع غير المقبول^(٢).

(١) United States v. Russell, 411 U.S. 423 (1973).

وعلى ذلك يجب التمييز بين أشخاص لم يتأهبوا للجريمة ولا يحتمل أمرها، وإنما ورطهم العميل فيها، وبين آخرين كان الإجرام من خلقهم وخلقهم.

To determine whether entrapment has been established, a line must be drawn between the trap for the unwary innocent, and the trap for the unwary criminal.

(٢) Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932); Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).

المبحث الرابعالقرار المشبوهين بالجريمةالمطلب الأولطبيعة هذا الإقرار

٨٠١- يفترض فيمن تثور في شأنهم شبهة ارتكابهم للجريمة، أن اعترفاتهم بها -حيثما ألقوا بأفهام جنائها- مجردة من كل تأثير يقتدما مصداقيتها، أو يرجح بهتاتها، وهو ما يتحقق كلما نجم التأثير عن تدخل غير مشروع للحصول عليها، ولو بحمل شخص أو أشخاص على الشهادة التي تكذبهم، سواء كان هذا الحمل مرده إلى تهديد ببلذاتهم أو إلى منفعة وعدوا بها^(١) A promise of benefit or a threat to harm.

ويعتبر خوض المحكمة في صدق اعترفاتهم أو كذبها، صمام أمن يحول دون تلقيقها أو الإكراه عليها من خلال ضربهم أو جلدتهم أو استعمال غير ذلك من مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها^(٢)، غير أن التحقق مما إذا كان الإقرار بالجريمة يعتبر صلا إراديا أو كان قد انتزع قهراً، صار متخرا اليوم على ضوء الوسائل العلمية التي لا تظهر معها آثار تعذيبهم أو أنواع الضغوط التي تعرضوا لها.

كذلك فإن من وسائل الحصول على اعترفاتهم، ما كان يبدو في ظاهره موافقا للقانون، ثم صار في إطار التطور القضائي مخالفا لأحكامه.

فالأسئلة التي يوجهها رجال الشرطة إلى المشتبه فيهم، لا مخالفة فيها للقانون بشرط أن يتم توجيهها إليهم في حضور محام إلى جانبهم.

غير أن امتداد هذه الأسئلة فترة طويلة من الزمن، وتماقبتها واتصال حلقاتها بما لا يوفر للمشبهين فرصة لالتقاط أنفاسهم، ويعرضهم لضغوط نفسية كبيرة، يعتبر في حكم الإكراه، فلا يؤخذ بإجاباتهم هذه دليلا ضدهم^(٣).

(١) يستند بطلان الاعتراف اللاإرادي في الدستور الأمريكي إلى التعديل الخامس لهذا الدستور الذي يقضي

بأنه لا يجوز لشخص أن يدين نفسه بنفسه. (1997) 168 U.S. 532 Bram v. United States.

(٢) Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940); Ward v. Texas 316 U.S. 547 (1942).

(٣) Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944).

وفي هذه القضية، بطل الاعتراف بعد ٣٦ ساعة من الأسئلة المستمرة تحت أضواء كهربائية مبهرة.

ذلك أن سؤاليهم علي هذا النحو، من الوسائل الخطرة المنطوية علي سوء استعمال السلطة. ويتعين بالتالي إدانتها وردع القائمين عليها من خلال إبطال تحقيقاتهم، ولو كان ما دون فيها يحمل عناصر صدقها، بالنظر إلي ترابطها ووجود قرائن تدعمها.

بما مؤداه أن إقرار المشتبه فيه بالجريمة، لا يعتبر دليلاً عليها إذا تم التحصل علي هذا الإقرار بوسائل غير ملائمة، ولو كان ذلك الإقرار مؤيداً بدلائل خارجية تؤكد صحته^(١).

ذلك أن مثل هذه الوسائل تتألف من الجماعة وثوابتها، ولا توفر لمن يتعرضون لها الفرص الحقيقية التي تؤمن حقهم في الحياة وفي الحرية، وهما حقان لا يجوز إهدارهما بغير الوسائل للقانونية السليمة.

المطلب الثاني

إبطال كل إقرار بالجريمة ينتزِع جبراً

٨٠٢- ولا يجوز بالتالي أن يدان المتهمون كلما كان اعترافهم بالجريمة ناجماً عن وسائل تنتزع بها أقوالهم، ولو قام الدليل علي صدق أقوالهم هذه. ذلك أن النظم الجنائية في تطورها المعاصر، لا تعتبر نظاماً تنقيبي Inquisitorial. ولكنها نظم اتهامية Accusatorial تقتضي أن تركز المحاكم اهتمامها - لا علي صدق الإقرار بالجريمة أو كذبه - وإنما علي نوع الوسائل التي تأتي بها. فكلما كان من شأنها قهر إرادة المقر بالجريمة، بطل إقراره بها، ولو كان صادقاً^(٢).

ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين مع موكلهم يعقد الإقرار بالجريمة، أو يجعل حلها أكثر صعوبة. ذلك أن الأمر الأكثر أهمية هو الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل للقانونية السليمة، ولو بدأ المقر بالجريمة مسيطراً علي أعصابه، متخلياً عن حذره، بل ولو كان مدركاً أن إخفاؤه للدليل علي ارتكابه لها، معركة خاسرة في مواجهته لرجال الشرطة.

ومن غير المتصور في القول التي تقوم بسلبها علي ضمان الحرية الشخصية بما يكفل عدم الإخلال بها دون مقتض، أن ينتزع الإقرار بالجريمة من مشبوهين، بوسائل تعتبر في مضمونها تعذيباً عقلياً لهم، خاصة إذا نجم اعترافهم بالجريمة عن أسئلة متتابعة تمتد زمناً طويلاً يكون منهاكاً لأبدانهم؛ وكان رجال الشرطة قد تناوبوا عليها In relays لضمان راحتهم

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961), Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542 (1897); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

بالنظر إلى طول مدتها؛ وكان المشبهون قد تعرضوا لإضاءة قوية تنفي بها أبصارهم أثناء التحقيق معهم في غرفة مغلقة جلبوا إليها ولودعوا فيها طوال فترة التحقيق معهم^(١)؛ وكانت الأسئلة التي وجهها رجال الشرطة إليهم قائمة على افتراض ارتكابهم الجريمة، بما يشكل ضغطاً نفسياً لا يحتمل على أعصابهم التي يرفقها بالضرورة اتهامهم بجريمة خطيرة كالقتل أو غيرها من الجرائم التي لا تقبلها الجماهير عادة من منظور قويمها.

المطلب الثالث

حضور المحامين مع المشبهين ضرورة لا تقربط فيها

٨٠٣- ولئن جاز في بعض الدول أن يساق المشبهون فيها إلى أماكن الاحتجاز التي ينزلون فيها عن الاتصال بآخرين يرجون عونهم كالأسدقاء والمحامين، وأن يقرأوا بالجريمة في إطار ضغوط نفسية مصوبة بصحبها رجال الشرطة على عقولهم، ويعطلون بها إرادتهم؛ فإن ذلك لا يجوز ببقين في دول تعطي للمستور القيمة الأعلى، ولا تقبل محاكمها بالتالي تعذيباً عقابياً أو بدنياً يكون من ثماره، الإقرار بالجريمة التي تفصل فيها.

تلك أن ترويعهم بتمحض تخويفاً وريبة يبعثها رجال الشرطة في أنفسهم. فلا يكون أمامهم من خيار غير الإقرار بالجريمة^(٢).

ويتعين بالتالي أن يكون لهم حق كامل في سماع أقوالهم أمام قاضٍ، وبالحق في أن تنبهم الشرطة إلى الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يندرج تحتها الحصول على عون من أسدقائهم ومحامينهم. بل إن الأجواء التي تنصل بالاحتجاز، لا يجتثها من مناقبتها غير حضور محامينهم معهم حتى يقدموا لهم يد العون التي يحتاجونها في شدتهم، وحتى تظل حريتهم في الخيار بين صمتهم عن كل قول ينطق بالجريمة، وحديثهم عنها، كاملة غير منقوصة خلال فترة استجوابهم.

فضلاً عن أن احتمال لجوء الشرطة إلى وسائل القهر غير الممنوعة، يتضائل إلى حد كبير مع وجود المحامين. فإذا تعرض موكلوهم لهذا القهر، شهد محاموهم بذلك أمام أية جهة يعينها معرفة حقيقة ما تم. ويكفل حضور المحامين كذلك عدم تحريف الشهادة التي ينطلي موكلوهم بها في مرحلة التحقيق، وصحة ما تعتمد عليه سلطة الاتهام من أجزاءها، فلا يتصور تشويهها.

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949); J. Wigmore, A treatise on the Anglo-American System of Evidence, 3d edition (1940).

المطلب الرابع

تطور مفهوم الإقرار بالجريمة

٨٠٤- ثم حدث تطور آخر في مفهوم الإقرار بالجريمة من ناحيتين:

أولاهما: القول بأن الوسائل غير الملائمة لانتزاع هذا الإقرار، تحطم الإرادة، أو تحملها قهرا علي ما يناقض حريتها؛ هو الوجه المقابل للقول بأن الإقرار بالجريمة يعتبر صادرا عن إرادة حرة إذا لم تكن وسائل الشرطة في التحقيق، تدل علي عدوليتها أو تحمل معها من المخاطر ما يدل علي أن الإقرار بالجريمة لا يعبر عن الحقيقة^(١).

وفي ذلك تركيز علي النتيجة التي أفضى إليها استعمال هذه الوسائل. وليس علي هذه الوسائل في ذاتها، خاصة وأن هذه النتيجة تتأثر بكافة العوامل التي تحيط باستجواب المشبوهين كسنتهم، ودرجة ذكائهم، وكدر تعليمهم، وماضيتهم في الجريمة، وعدم تقديم الطعام لهم بصورة منتظمة، وحجبهم عن الاتصال بنويعهم أو بأصدقائهم، واستعمال مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها.

وجميعها عوامل تنتظر إليها المحاكم في مجموعها، ولا تعد بواحد منها فقط، مما جعل معيار الإقرار الحر بالجريمة، غير موحد قيما بينها، بالنظر إلي اختلافها في الأهمية التي تعطى لبعض هذه للعوامل.

ثانيتهما: التمييز بين تحقيق تجربة للشرطة في مرحلة تشبهاها في شخص معين بوصفه ضالما في الجريمة، وبين تحقيق تتولاه في مرحلة الاتهام بالجريمة.

ذلك أن كل إقرار تحصل عليه الشرطة من المتهم بعد اتهامه بالجريمة، يعتبر باطلا إذا تم في غير حضور محامي، بالنظر إلى ما هو مقرر من أن الاتهام بالجريمة تلوه بالضرورة محاكمة المتهم عنها أمام محكمة محايدة مفتوحة جلساتها للكافة، وتحيطها كل ضمانات إجرائية يتطلبها القانون.

وإذا كان حضور محامي المتهم، يعد مفترضا أوليا في مرحلة الاتهام هذه، وحتى الفصل فيه، فإن حضوره كذلك يكون واجبا من باب أولي في كل تحقيق تجريه الشرطة بعد الاتهام

(١) Developments in the law- Confessions, 79 Harvard law Review. 935, 954- 59 (1966).

وخارج قاعة المحكمة. إذ هو تحقيق غير قضائي Extra-judicial proceedings لا يجوز أن يتم بغير حضور محاميه^(١)، وإلا بطل إقراره بالجريمة، ولو صدر عن إرادة حرة.

وهو ما نراه صليبا من الأوجه الآتية:

١. أن حضور المحامي يكون واجبا في الأصل ليس فقط أثناء المحاكمة وبعد الاتهام، بل كذلك في كل المراحل السابقة عليهما كلما كان حضوره فيها، مؤثرا في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية.

٢. أن حق المتهم في الحصول علي مشورة محاميه، يفقد بالضرورة كل قيمة، إذا كان مصير المتهم قد تحدد سلفا من خلال التحقيق السابق علي المحاكمة.

٣. القول بأن الذين تتور في شأنهم شبهة بئبان الجريمة، كثيرا ما يحرفون بها خلال الفترة بين القبض عليهم واتهامهم، وأن اعترفاتهم هذه سنال بالضرورة إذا كان حضور محامين معهم واجبا في مرحلة ما قبل المحاكمة؛ يؤيد الطبيعة الحرجة لهذه المرحلة، بما يحتم حضور محامين عنهم ومعهم أثناءها.

ثمّة علاقة وثيقة بين حرص الشرطة في هذه المرحلة علي الحصول علي إقرار بالجريمة من تتور قبلهم شبهة ارتكابها؛ وبين ضرورة حصولهم في هذه المرحلة ذاتها علي عون محامينهم.

٤. أن الحقائق التاريخية قديما وحديثها، تؤكد القول بأن النظم الجنائية التي تعتمد في سعيها لمكافأة الجريمة علي إقرار المشبوهين بها، هي في واقعها نظم تختصر الطريق إلي إدانتهم. فضلا عن أن هذه النظم، تكون لكل إنصافا، وأكثر مدعاة لإنماء استعمال السلطة، وتفقد في النهاية مصداقيتها، لتتقدم عليها نظم غيرها تركز اعتمادها على الأدلة للخارجية التي يتم الحصول عليها من خلال مهارة المحققين وخبرتهم العملية.

٥. تنهار أعمدة النظم الجنائية كلما ارتبط بقاؤها وفعاليتها بتخلي المواطنين بغير وعي منهم عن الحقوق التي كفلها الدستور لهم، كالحق في أن يظلوا صامتين، فلا يبدلون بإقرار عن جريمة تتور شبهة ارتكابهم لها. ذلك أن ضمان هذه الحقوق أولى من إهدارها. والإصرار عليها مقدم علي محاولة التخلص منها من خلال نظم جنائية لا تعطيها هذه الحقوق أكثر من حرصها علي ملاحقة الجناة المحتملين.

(١) Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1946).

٦. أن الحق في الحصول على عون محام، يكون واجبا حتى في مرحلة التحقيق، كلما تحول التحقيق من اجتهاد لمحاولة حل غموض جريمة لأزال مرتكبها مجهولا، إلى التركيز على شخص معين تحتجزه الشرطة لديها باعتباره مشتبها فيه، وتمطره بأسئلتها لإجهاذه حتى يقر بالجريمة، غير عابئة في ذلك كله بطلبه حضور محاميه، بل ورفضها لهذا الطلب، ومثابرتها على للتحقيق دون أن تبصره بحقه في أن يظل صامتا.

ولا يعني ذلك تسليط حق للشرطة في الحصول من أقوال الشهود ومن خلال تحقيقاتها، وكذلك من غيرها من المصادر، على الأدلة التي تعينها على حل غموض جريمة قائمة. ذلك أن ما هو محظور عليها، هو أن تنتقل من مرحلة للتحقيق إلى مرحلة الاتهام من خلال تركيزها على شخص معين بقصد الحصول على إقراره بالجريمة^(١).

٧. أن مجرد احتجاز الأشخاص الذين تثار في شأنهم شبهة ارتكابهم للجريمة، وإحباطهم بأجواء خائفة تسيطر الشرطة عليها، ويعزلون فيها عن الاتصال بالآخرين، بشكل ضغوطا نفسية شديدة وطلاتها عليهم، ومآلها في النهاية الإقرار بالجريمة حملا وقهرا، فلا يكون هذا الإقرار حراً. خاصة وأن الاحتجاز يتم في مكان خاص مطلق. وخصوصية المكان تعني مربة ما يدور فيه. ويتعامل رجال الشرطة مع المتهمين بوصفهم مذنبين، ويركزون اهتمامهم على بعض التفاصيل التي تحيط بالجريمة، وليس على نسبتها إلي من يشتبهون فيه. ذلك أنهم يفرضون ارتكابهم لها، ولا يحظون بغير تقصي دوافعهم للوقوع فيها. ويحرصون كذلك على تضليلهم من خلال التقليل من شأن الجريمة التي نسبوها إليهم، ويتخذون لذلك طرقا مختلفة من بينها إلقاء اللوم على ضحية الجريمة، أو على الجماعة كلها التي لم توفر لهم فرص العمل، أو الحياة الآمنة، أو الطفولة الهانئة، أو الظروف الملائمة للحياة.

وهم بذلك يضعون من يشتبهون فيهم في أجواء نفسية لا يستهدفون بها غير الحصول على تفاصيل الجريمة التي قطعوا من قبل بأنهم مقارفوها. فلن أخفقوا في الحصول منهم على هذه التفاصيل؛ فلن مودتهم الظاهرة تتحول إلى موجة عدوانية يعملون من خلالها على انتزاع إقرار بالجريمة، ولو بطرق الخداع كإيهامهم المشتبه فيه، بأن أحد شركائه في الجريمة قد أقر بارتكابه لها.

٨٠٥- تلك صور لرجال الشرطة في ممارساتهم اليومية في التحقيق مع مشبوهين يحتجزونهم لديهم، ويوجدون معهم منفردين، ومعرضين لضغوطهم بما يقوض إرادتهم

(١) Hopt v. Ural, 110 U.S. 574 (1884); Mc Nabb. v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Anderson v. United States, 318 U.S. 350 (1943); Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

Self-control essential to make a confession voluntary. فلا يريدون بأقوالهم غير تصور رجال الشرطة للجريمة. بل إنهم يفصلون والتمعات وفق صورتها في أذهان الشرطة الذين يتزعمون في أسلكتهم معهم بقدر كبير من الصبر والإصرار، ويحرصون على أن تكون أسلكتهم متتابعة حلقاتها، ترهقهم بنقلها، ويتوجهها للحصول على إقرار بالجريمة^(١).

فإذا أخفقوا في ذلك، لجأوا إلى صور من الخداع والتحايل والتضليل كإعطائهم مشورة قانونية زائفة. وهم بذلك يخلون بتوازنهم، ويعمنون إلى إخافتهم وإزعاجهم، بما ينتظرهم من مصير.

ويتعاملون مع ضمنتهم للناجم عن عزلهم عن الاتصال بالآخرين detention Incommunicado. بما يقيد حريتهم بصورة كبيرة. فلا تكون أجواء التحقيق غير محض شرور يولجها المشتبه فيهم ولا يستطيعون دفعها^(٢).

ولا يتصور في إطار هذه الأجواء التي تحيط بهم، والتي لا يلتونها، وتتسم من كافة جوانبها بمظاهر العداء، أن تصدر عنهم إرادة حرة. بل إن حملهم على الإقرار بالجريمة هو الأكثر احتمالاً، خاصة وأن ما يتوخاه المحققون من إحاطتهم بتلك الأجواء الضاغطة، هو إخضاعهم لإرادتهم. وليس ذلك إلا قهراً معطوياً، لا يقل في أثره شأناً، عما يكون من صور القهر مادياً.

كلاهما ينال من كرامتهم ويعطل إرادتهم، ليكون القهر والحمل على الإقرار بالجريمة، عنصرين كامنين في أجواء الاحتجاز ومحيطها الخلاق. وهو ما يتمحض حملاً على الشهادة بما يدينهم، ويذاقض الحق في صون خواص حياتهم، والحق في احترامهم وضمن تكامل شخصيتهم، وتحقيق التوازن من جهة بين الأفراد في ضمتهم، وبين الدولة المتسلطة من جهة أخرى والتي لا يجوز لها في مجال تطبيقها لخصائص النظام الاتهامي العدالة الجنائية، أن تحصل على دليل يربطهم بالجريمة التي تدعيها، ما لم يكن هذا الدليل ناجماً عن جهدها المشروع، وليس متأثراً من أفواه أفراد حملوا على النطق بما لا يريدون.

خاصة وأن قهراً إرادتهم يتم بوسائل تخفيها الشرطة، ولا تمان عليها، لضمان سريتها. فلا يكن احتجازهم واستجوابهم إلا قرين الإكراه على الشهادة التي لا يريدون النطق بها، والتي يحملهم عليها -فضلاً عن الأجواء البيئية التي تحيط بهم في أماكن الاحتجاز- تخوفهم

(١) Ziang Sun Wan v. United States, 266 U.S. 1, 14 - 15 (1924).

(٢) Mc Nabb v. United States, 318 U.S. 332, 343 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449, 452 - 53 (1957).

من رجال الشرطة أنفسهم المتأهين لاستعمال القوة عند الضرورة، فلا يكون أمام المستهدفين بالتحقيق، من خيار غير الإقرار بالجريمة.

ولا كذلك أن يكون محاموهم معهم، يثبون الاطمئنان في نفوسهم، ويحيلونهم على التخلص من خوفهم، فلا يقرون بغير ما يريدون.

المطلب الخامس

حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق

٨١٧- ويتعين بالتالى، وقبل بدء التحقيق، أن يخطرهم المحققون بلغة واضحة لا لبس فيها ولا التواء، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين. ذلك أن هذا التحذير يستمر شرطاً جوهرياً لاحتماء مخالفتهم. ويشترط أن يقتصر هذا التحذير -ومؤاده أن من حقهم أن يظلوا صامتين- بإبلاغهم أن ما ينطقون به بعد توجيهه، قد يؤخذ ضدهم كدليل.

وهو ما ينبيههم إلى عدد من الحقوق:

أولها: أن من حقهم الامتناع عن الشهادة التي لا يرغبون في الإدلاء بها.

ثانيها: أنهم إن اختلفوا للنطق بها، فإن عليهم تحمل نتائجها.

ثالثها: أن حقهم في ألا يقروا بالجريمة، يخولهم رفض الإجابة على الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة أو غيرهم من القائمين على تنفيذ القانون، فإذا أصر هؤلاء على توجيهها إليهم ولم يقطعوا إذا كانوا قد بدعوا فيها، فإن أية أقوال يدلون بها بعد تمسكهم بأن يظلوا صامتين، تعتبر واقعة في إطار أوضاع الاحتجاز بقسوتها وضغوطها In custody- interrogation. ولا يجوز بالتالى التعويل عليها. إذ يفترض صدور ما في إطار إكراه لا تتحرر به الإرادة من عوامل التأثير فيها Constrained choice. ذلك أن نزول الأشخاص عن حقهم في ألا يدنووا أنفسهم بأنفسهم، لا يجوز أن يفترض، ولا أن ينتزع الدليل عليه، ولا أن يكون هذا الدليل متاهلاً^(١)، وإنما يتم التحقق من النزول عن الحقوق التي كلها: الدستور وفق شروط ضيقه لها من شدتها ما ينفي النزول عنها بغير دليل قطعي.

ولا يجوز بالتالى القول بنزول المشبوه عن الحق في حضور محاميه، ما لم يكن قد عرض عليه محام للدفاع عن موقفه، ولكنه أثر مختاراً، ومدركاً، أن يرفض هذا العرض. وتعتبر طول مدة استجوابه، وانقطاع وسائل اتصاله بالآخرين في إطار احتجازه، دليلاً قوياً

(١) Culombe v. connecticut, 367 U.S. 568 (1961) at 602.

على أنه لم ينزل عن الحق في ألا يتكلم بغير حضور محاميه. وهو ما يتحقق كذلك إذا قام الدليل على أنه هدد أو خدع. لا فارق في ذلك بين بيان يعتبر اعترافاً كاملاً ومباشراً بالجريمة، وبين إقرار يتعلق بأحد عناصرها أو ببعض أجزائها. ذلك أن حظر الشهادة التي ينلّي الشخص بها قهراً ليدان بسببها، يشمل كل صور تجريم الشخص لنفسه بغض النظر عن درجتها.

ولا فارق كذلك بين إقرار بالجريمة يسميها المقر لنفسه In-culpatory Statement، وبين إقرار بها ينسبها إلى غيره^(١) Exculpatory Statement.

ذلك أن الإقرار الأخير كثيراً ما يتخذ دليلاً على عدم صدق الأكوال التي أدلى بها، ولأن إقائه للتهمة على غيره لا يتوخي غير لفي تورطه في جريمة هو مسئول عنها.

المطلب السادس

التحقيق في مرحلة الاحتجاز

٨٠٧- وكلما احتجز شخص في أحد مفاز الشرطة أو في غير ذلك من الأماكن التي تتخذ فيها حرية الشخصية، فإن إقراره بالجريمة يتعين أن يؤخذ بقر كبير من الحذر. ذلك أن كل تحقيق في مرحلة الاحتجاز، يحرك النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، فلا يكون نظاماً تنقيبياً على أي وجه أو في أية صورة. فالإقرار بالجريمة في مرحلة التحقيق وإن دل على أن المقر بالجريمة قد ارتكبها إذا كان إقراره إرادياً؛ إلا أن كل إقرار بالجريمة يتعين أن تعامله المحكمة باحترام من الصرامة. ذلك أنه وإن قيل بأن من المفترض ألا يقر الإنسان بارتكابه لجريمة ما لم يكن قد دخل فيها فعلاً حتى لا يعرض للخطر حرية أو مصالحه الجوهرية، إلا أن هذا الافتراض يسقط إذا كان الإقرار بالجريمة ثمرة إغواء أو نتائج تهديد صدر عن أحد القائمين بتنفيذ القانون، مستغلاً في ذلك آمال المشبوه في الحرية، ومخاوفه من تعذيبها. فلا تنهياً بالأجواء التي يتم التحقيق فيها في حالتين الحاليتين، الظروف المواتية التي يمكن معها القول بأن المشبوه كان واعياً بحقيقة ما يفعل، ومدرراً دلالة إقراره بالجريمة^(٢).

(١) لم تتطور في الولايات المتحدة الأمريكية لقاعدة التي تمنع قبول اعتراف المكره في المحكمة قبل القرن الثامن عشر. أما قبل ذلك فكانت المحاكم تقبل حتى الاعترافات الناجمة عن التعذيب.

J. Wigmore, A treatise on the anglo-american systems of evidence § 23 (3d ed) 1940.

(٢) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ولا يعتبر ذلك تعطيلًا لدور رجال تنفيذ القانون في مكافحة الجريمة، إذ يظل بوسعهم الحصول على المعلومات اللازمة في شأن الجريمة التي يحقونها إما من مسرح الجريمة ذاتها، ومن الظروف التي تلاعبها، وإما من أشخاص غير مقيدة حريتهم، معتمدين في ذلك على مهارتهم وخبراتهم.

وعلى ضوء المفاهيم المتقدم بيانها، يبطل كل إقرار بالجريمة صدر بعد تأخير غير مبرر Unnecessary delay في تقديم المشبوه لطاير العرض بعد القبض عليه^(١).

كذلك فإن التحقيق في مرحلة احتجاز المشبوه وإن كان ضروريًا لتحديد ظروف الجريمة ومركبتها، إلا أن استجواب المشبوه لا يجوز إذا تم في ظروف تعطّل إرادة الاختيار عنده، فلا يفاضل واعيا بين الإقرار بالجريمة وبين ألا يجرم نفسه. وما الإقرار بالجريمة إلا حالة عقلية تعين أن تصفو من كل تأثير، وإلا كان هذا الإقرار قرين الإكراه، وهو إكراه يفترض في حق المشبوهين، ليس فقط من خلال تعذيبهم، وإنما كذلك عن طريق وسائل تكتيكية تحقق كامل آثاره، كالاستجواب المتواصل من قبل رجال شرطة مدربين يواصلون أسئلتهم التي يوجهونها إلى المشبوه، بطريقة لا انقطاع فيها، وهو في أيديهم يتخوف من بطشهم به إذا ظل صامتًا، فلا يكون إقراره بالجريمة غير النتيجة الحتمية لظروف الاحتجاز. ويتبين في هذا الصدد أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن النصيحة التي يقدمها المحامي لموكله بأن، ألا ينلي ببيان أو يرد على سؤال يتعلق بالقضية، قبل أن يتولى هو دراستها، لا ينالض حكم القانون. ذلك أن المحامين لا يتوخون غير تأمين مصالح موكلهم وفق علمهم، ويأبسون ما تأن به قدراتهم^(٢).

ثانياً: أن ما هو محظور على رجال الشرطة أن يتخذوه قبل المقبوض عليه أثناء تقييد حريته، ليس فقط تلك الأسئلة الصريحة التي يوجهونها إليه في أجواء الاحتجاز التي تؤثر في

(١) Upshaw v. United States, 335 U.S. 410 (1948).

ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لم تحدد المدة التي يعتبر فيها هذا التأخير غير مبرر، إلا أن الكولجرس حدد أقصى هذه المدة بست ساعات بعد التحقيق.

(٢) ومن بين وسائل الاتعاق هذه أن يوجه رجل الشرطة حديثه إلى المشتبه في قتله لفتاء بعد خطفها، والتي لم يعثر على أثر لجنتها، أن حكم الدين يقتضي أن تكون هذه الفتاة بطريقة ملائمة، وألا تظل جثتها في المراء نهباً للتطوير الجارحة تلهشها. فإذا كان رجل الشرطة يعلم أن المتهم عميق التدين، وأنه تمسك بعدم الحديث في غير حضور محامي، فإن توجيه الحديث إليه على النحو المتقدم لاستنزاف مشاعره الديسية، يعتبر من وسائل الاتعاق غير المسموح بها. فإذا أرشدهم المشتبه فيه بعد ذلك عن جثتها، فإن ذلك لا يعتبر دليلاً ضده.

إرادته إلى حد كبير، وإنما كذلك وسائل الإكناح المختلفة التي يرمون بها إلى انتزاع الإقرار بالجريمة في محيط الاحتجاز الخالق Custodial Setting، ولو لم ترق إلى حد الأسئلة المباشرة، بشرط أن تكون وسائل الإكناح هذه، لها قدر من التأثير على إرادة المقر بالجريمة، ولو تم هذا التأثير من خلال أقوال أو أفعال يدلي بها رجال الشرطة أو يشاركونها في مواجهة المشبوه، كلما كان يبغي عليهم عقلا أن يدركوا قدر تأثيرها في إرادة المقر، وأيا كانت نواياهم بشأنها^(١).

ثالثاً: أن أجواء الاحتجاز التي تحيط للشرطة بها المعتقل لديها، والتي تتوافر بها عوامل الضغط التي تؤثر في إرادته، وتحمله على أن يقر بجريمة ما كان يشهد بارتكابها في ظروف مختلفة، لا يجوز خلطها بالأحوال التي يكون فيها المعتقل متواجداً مع آخر في مكان احتجازه، ويتبادلان حواراً ودياً بينهما يقوم على اطمئنانهما لبعض. ذلك أن تولدهما معا بعيداً عن سطوة للشرطة وقسوتها، يندد مخالوفاً، فإذا أقر أحدهما لثانيهما بالجريمة التي ارتكباها، فإن هذا الإقرار يجوز أن يؤخذ دليلاً ضده، ولو لم يكن المقر يعلم أن من اطمأن إليه ووثق فيه، عميل للشرطة تخفي وراء شخصية أخرى^(٢).

وهو ما لراه محل نظر. ذلك أن المقر بالجريمة ما كان يدلي بحديثه عنها إلى الشخص الآخر، لو كان يعلم حقيقة أمره. وإنما هي أعمال خداع Deception وجهها عميل الشرطة بمهارة، متوخياً بها انتزاع هذا الإقرار Manipulation فلا يكون الإقرار بالجريمة غير نتاج هذا الإيقاع.

المطلب السابع

جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة

٨٠٨- على أن القيود المتقدمة جميعها، لا يجوز تطبيقها بطريقة جامدة صماء. إذ لا محل لتطبيقها كلما دل الحال على أن ظروفها ضاغطة تقتضي التحلل منها من أجل توقي مخاطر الإضرار بالسلامة العامة Public Safety.

وفترض هذا الاستثناء، ضرورة التمييز بين نوعيتين من الأسئلة التي توجهها الشرطة إلى المقبوض عليهم من المشبوهين.

(١) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1920).

(٢) Hoffa v. United States, 385 U.S. 293 (1966).

أولاهما: أسئلة غايتها إدانتهم بالجريمة Ascertaining the suspect's guilt. وهذه لا يجوز توجيهها إليهم إلا بعد تعريفهم بالحق في أن يظلوا صامتين؛ وأن الأقوال التي يدلون بها يجوز أن تؤخذ دليلاً عليهم أمام القضاء؛ وأن من حقهم الحصول على عون محام قبل أن يتكلموا.

ثانيتهما: أسئلة يجوز توجيهها إليهم دون تعريفهم بحقوقهم المشار إليها. وذلك كلما كان هدفها توقي مخاطر قد يلحقونها برجال الشرطة أو بآخرين Protecting Public's safety.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا هاجم نفر من المشبوهين، مكانا يتردد الناس عليه؛ ثم أخفوا الأسلحة التي استخدموها في تهديد المتواجدين فيه. ذلك أن مخاطر إطلاق نيرانها عليهم تظل قائمة إذا لم تعلم للشرطة بمكان إخفائها. فإذا سألتهم عن هذا المكان توفيقاً للمخاطر التي قد تنجم عن احتمال استعمال هذه الأسلحة من جديد ضد من يصادفونهم من العابرين، فإن تأمين سلامتهم تكون هي المصلحة التي تروى فالتفتها على مصلحة المتبوض عليهم في ألا يدلو بأنفسهم بشهادة قد تكيلهم^(١).

وقد انتقد بعض القضاة تقرير هذا الاستثناء وقرروا أن الأقوال التي يدلي المشبوهون بها عن مكان إخفاء أسلحتهم، مساوية في الأثر لأقوالهم التي يدلون بها في أجواء الاحتجاز، لأنها تدينهم في الحالتين بالمخالفة للدستور. ويتعين أن يطبق في شأنها حكم الدستور، وإبطالها بالتالي لأطوالها على حمل المشبوهين على الإقرار بما لا يريدون^(٢).

The privilege against self-incrimination.

المطلب الثامن

الحقوق التي لم يلفت نظر المشبوه إليها

٨٠٩- وينبغي أن يلاحظ كذلك أن كل تحذير للمشبوه بأن يظل صامتا، وأن الأقوال التي يدلي بهاد قد تؤخذ دليلاً ضده أمام القضاء، وأن من حقه أن يحصل على عون محام إن أراد، لا يتروخي غير تهديد مظنة قهره على الشهادة التي قد يدان بسببها. فإن لم يتم تحذيره على النحو المتقدم، قام افتراض القهر على أداء هذه الشهادة، ويطل بالتالي كل دليل يكون من ثمارها The fruits.

(١) New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

(٢) انظر في الرأي المخالف للقضاء المحكمة في القضية المشار إليها، آراء كل القضاة مارشال وستيفنس، ويرينتن.

ولكن الأمر جد مختلف إذا أغفل رجال الشرطة ابتداء تحذيره علي النحو المتقدم، ثم عادوا إلي تنبيهه إلي الحقوق التي يملكها وفقاً للمستور. ذلك أنه بينما يبطل كل دليل تأتي من الأكوال التي أُلقي بها قبل تحذيره، فإن تنبيهه من جديد إلي حقوقه الدستورية، يخوله أن يقر بالجرime أو ألا يقر بها دون ما ضغط أو إكراه من القاضين بالتحقيق، فإذا اختار أن يقر بالجرime في غير حضور محاميه، تحين أن يكون هذا الإقرار إدارياً وقاطعاً في دلالته، ومنطوياً كذلك علي اختياره إسقاط حقه في الحصول علي مشورة محام يعينه علي أمره، ويوجهه إلي الطريق الأفضل لدعم موقفه^(١).

المطلب التاسع

آثار التحصيل غير المشروع علي الدليل

٨١٠- وكلما تم التحصيل علي دليل بطريق غير مشروع، فإن هذا الدليل لا يجوز استخدامه ضد المتهم، ولو أُلقي الشهود الذين أُلقي بهم بشهادة مزورة Perjury statement. ذلك أن تزوير هذه الشهادة، لا يمسوغ اعتماد النيابة العامة علي دليل كان أصلاً باطلاً. فضلاً عن أن اعتمادها علي الدليل الباطل لمجرد أن شهود الدفاع كلهم أو بعضهم، كانوا مزورين، مؤداه تخفيفهم من الشهادة وحملهم علي العدول عنها لاحتمال تعارضها -ولو في بعض جزئياتها- مع الدليل الباطل. وقد يتردد شهود الدفاع -لمجرد تخوفهم من أن تتخذ الشهادة التي يدلون بها، موطئاً لتجريمهم، ولو كان هدفهم مجرد إظهار الحقيقة- في المثول أمام هيئة المحلفين، وتقديم الأدلة الدافعية لجرime للمتهم. فلا تبدو للحقيقة كاملة أو واضحة أمام هذه الهيئة.

كذلك فإن اعتماد الدليل الباطل إذا أُلقي شهود الدفاع بشهادة مزورة، مؤداه أن نبذل النيابة جهدها، لإيقاعهم من خلال أسئلتها المتلاحقة أو للمعقدة، التي قد يجيبون عنها زوراً بناء علي سوء فهمهم لها أو خطئهم في تقدير حقائقها.

وأخيراً فإن الشهادة للزور لا تخول أحداً مقابلتها بالدليل الباطل لإظهار دواحي اختلافها مع هذا الدليل. لأن في ذلك إعمالاً أكثره بالمخالفة للمستور.

وإذا قبل بأن المحاكمة الجنائية لا تتم علي الوجه الأكمل إلا إذا أحاطها ضوء الحقيقة، إلا أن الحقيقة التي يعتد بها في هذا المقام، هي الحقيقة القانونية التي تحدد الأدلة التي يجوز

(١) Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985).

قبولها، وذلك التي يجب قمعها The suppression of evidence لمخالفة طريقة جمعها للمستور^(١).

(١) James v. Illinois, 493 U.S. 307 (1990).

الفصل السابع

المحاكمة الجنائية المنصبة

المبحث الأول

التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة

٨١١- تعمل السلطة جاهدة على إيقاع المذنبين في يد العدالة، وهي تتخذ قبل محاكمتهم تدابير مختلفة تتخا بها معرفتهم، كالوسائل العلمية للمنهجية التي تطبقها للثبوت على بصماتهم وتحليل دمائهم وفحص ما تركوه في مسرح الجريمة من آثار كأداة القتل، وما نطقوا به أثناء ارتكابها، وطريقة تصرفهم التي شوهوا عليها، وملامح وجوههم ولو أخفوها وراء قناع. وهي تعتبر هذه التدابير جميعها - وأغلبها من طبيعة علمية - مجرد مراحل تحضيرية غايتها القبض على اللجأة الفارين، ولو غيروا من مظهرهم لتضليل العدالة حتى لا تجد طريقها إليهم.

وليس أمام القاتمين على تنفيذ القتلون بالتالي غير رصد المشبوهين وتعتيقهم للقبض عليهم. ويفترض ذلك تحديد شخصياتهم، من خلال تدابير علمية يتفحصونها، كتطليل دمائهم في مسرح الجريمة وأدواتهم التي ارتكبوها بها، وحصر بصماتهم ورفصها وضبط ألقاعهم التي خلفوها، وأجزاء ملابسهم التي انتزعها أظفار ضحيتهم، وبعض ملابسهم التي أخفوها.

وهذه الوسائل العلمية تسهل دائما مناقشتها ودحض كل دليل تأتي منها. ذلك أن التقنية العلمية معروفة لأوتها، ومعلوماتها متاحة بصورة كافية لعدد غير قليل من المطبين بها. والمغايرة في مناهجها محدودة، وللمحامين مولجتها بصورة جادة بعد توجيه الاتهام. ولا يحتاجون بالتالي إلى المشول مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تتم فيها هذه التحاليل العلمية. ذلك أنهم يستطيعون التكاليل على عكسها أمام المحكمة من خلال خبراء يستقدمونهم، ويعرضون عليهم نذة التحاليل، ويطلبون منهم إيداء رأيهم فيها. فإذا أثار هؤلاء شكوكا خطيرة حول صحتها، لم يجز الاعتماد على نتيجتها.

ولا كذلك المرحلة الحرجة السابقة على المحاكمة والتي تقوم على رصد المشبوهين الذين يعتد بإسهامهم في الجريمة - في طابور عرض Identification Parade. مع آخرين لا شأن لهم بالجريمة المدعى ارتكابها حتى إذا ابصر شهود عيانها أفراد هذا الطابور lineup، وكان من بينهم من رأوه على مسرحها، عرفوه إما كلمة لطق بها، أو بطريقة مشي اختص بها، أو لملامح قاسية ظهر بها على مسرح الجريمة^(١).

(١) انظر في ذلك:

Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98 (1977).

وتبدو خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طابور العرض، أن ضحية الجريمة -عطي الأخص في جرائم العرض- قد يكون هو شاهدها الوحيد، فيحذف مندفعاً وبصورة خاطئة، وعلي ضوء ثورة غضبه، أو لتهور ينسب به، شخصاً معيناً باعتباره مرتكبها.

وقد دل الإحصاء على أن تحديد شخصية المذنبين من خلال طابور العرض المتقدم، كان دائماً عملاً محفوفاً بالمخاطر، وكثيراً ما أساء إلى العدالة ذاتها من خلال إدانة أبرياء ألقوا ظلماً في الجريمة نتيجة خطأ في الشهادة عليهم، خاصة وأن شهود العيان يختلفون فيما بينهم في حدة البصر، وعمق القيم الخلقية، وقوة الذاكرة أو وهنها، ودقة ملاحظاتهم أو عشوائية. وقد يتوهمون أشياء لا وجود لها، وإنما صورها لهم الخيال. وقد يجزمون بوقوع الجريمة، ويرويتها لمرتكبها لئلاّ وهم كاذبون. وقد ينسبونها تحاملاً إلى من يفضنون.

كذلك فإن طريقة إعداد رجال الشرطة لطابور العرض، قد يكون لها أثر في توجيه شهود العيان، خاصة إذا أعقبتها ملاحظة أو كلمة أو إشارة موجية. فلا يختار شهود هذا العرض غير الشخص الموحى إليهم به -ولو كان بريئاً- ليساق إلى المحكمة بعنق بوصفه متهمًا، وعلي الأخص إذا أشار إليه شهود العيان في مرحلة المحاكمة ذاتها، وقرروا أنه كان فاعلاً لا شريكاً في الجريمة.

وتدل التجربة على أن هؤلاء الشهود قلما يتراجعون عن رأيهم، ولو أدركوا خطأهم في قرارة أنفسهم. وكلما أعد طابور العرض في غير حضور محام يمثل المشتبه فيه، فإن طريقة إعداده تكون سرا مطلقاً. ويتعذر على المحامين بالتالي -في إطار هذه الأوضاع- أن يلقوا على الكيفية التي تم بها اختيار المعروضين، ولا على طريقة صفهم، ولا أن يعيدوا بناء طابور العرض بالصورة التي تم بها.

وقد يواجه شهود العيان المشتبه فيه وحده، وليس من خلال طابور عرض يختلط فيه مع آخرين. ومخاطر الإيحاء ولحده في الحالتين.

وفي كثير من الأحوال لا يتردد الشهود، مخاطر تعرفهم على الجناة، ولا يفتنون إلى الحيل التي توحى لهم بأشخاصهم. والمشبوهون أنفسهم لا يدركونها، ولا يبصرون وسائلها، ولم يدربوا على فهمها وقد تأثرها على هؤلاء الشهود^(١) Suggestive Influences.

(١) Neil V. Biggers, 409 U.S., 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98, 107 - 14 (1977).

٨١٢- كذلك فإن احتجاجهم أثناء المحاكمة على الطريقة التي تم بها إعداد طايرور العرض، أو مواجهتهم منفردين بشهود العيان، غالباً ما يكون عديم الفائدة.

ذلك أن المحلفين يقابلون بين كلماتهم وكلمة رجال الشرطة الذين تفترض حينئذ فيما أجروه.

ومن ثم يتحدد مصير المتهمين بعد اتهامهم -لا من خلال المحاكمة ذاتها- وإنما عن طريق المواجهة السابقة عليها بينهم وبين شهود العيان Pretrial Confrontation ؛ وبينهم وبين الدولة بأجهزتها الشرطة؛ وبينهم وبين المحلفين بعد أن حكم عليهم هؤلاء الشهود بأنهم الجناة، ولو كان الشهود حصني النية، وكانت الشرطة لم تعد الأمور بحيلها الموحية.

ذلك أن مصير المتهمين بالجريمة قد تحدد سلفاً في المرحلة الحرجة السابقة على اتهامهم Past indictment lineup، والتي التقدوا فيها عن محاميهم، شأن احتجاجهم لهذا العون في هذه المرحلة الحرجة Critical stage شأن احتجاجهم لمحاميهم أثناء المحاكمة.

بل إن حاجتهم إليهم في المرحلة الحرجة السابقة على محاكمتهم Out- of- Court lineups قد تكون أشد، لأنها تحمل في ثناياها عناصر إدانتهم بالجريمة^(١).

ويتعين أن يكون مفهومها أن المرحلة الحرجة التي يتعين حضور محام فيها، هي التي يجوز عقلاً اعتبارها جزءاً من المحاكمة ذاتها. ذلك أن عون المحامي إذا لم يقدم في هذه المرحلة، فإن جهده في تعزيز مركز موكله سيكون بالضرورة أقل من أن يكون كافياً^(٢).

ويتعين بالتالي أن يعمل المحامون في تلك المرحلة مع موكلهم، وأن يخطرأ سلفاً بعزم الشرطة على صفهم مع آخرين في طايرور العرض، ليكون حضور هؤلاء المحامين معهم شرطاً لعرضهم على شهود الجريمة، (لا إذا أسقط المتهمون حقهم في ذلك بإرادتهم الحرة. ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين يعرقل مواجهة المتهمين بشهود العيان.

ذلك أن هذا الحضور ظل مطلوباً في المحاكمة الجنائية ذاتها دون أن يرمي المحامون بتعطيل إجراءاتها. ومن غير المتصور أن يكون حضور المتهمين مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي يواجهون فيها شهود الجريمة، معطلاً تنفيذ القانون. ذلك أن وجودهم بنقيا من شوايلها ويكتفل حصول النيابة العامة على أدلة للجريمة لم تتسرب إليها نقائص نفسها،

(١) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. Colifornia, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) United States v. Ash, 314 U.S. 300 (1973).

ولا يعطل كذلك تقديم الجناة الحقيقيين إلى العدالة. وإنما يكون حضور المحامين مع المشبوهين في طاير العرض Show-ups الضمانة التي تكفل اتهام المتهنين وفق الدستور والقانون.

وتظهر خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طاير واحد بضمهم، ودعوة شهود الجريمة لتحديد من يكون من بينهم مرتكبا لها، في أن تشخيصهم على هذا النحو، يتوخي ربطهم بالجريمة أثناء محاكمتهم عنها بوصفهم مسئولين عن ارتكابها.

فإذا لم يكن لديهم محام أثناء عرضهم في هذا الطاير، فإن انتقاده للطريقة التي تم بها - هو لا يعرفها - يكون غير مؤيد بنتائج.

ويتعين بالتالي أن يكون حضور المحامين مع موكلهم شرطا دستوريا لجواز العرض حتى يتقوا على أسلوبه، وعلى مظاهر تأثير الشرطة على شهود الجريمة، ما كان منها مقصودا أو غير مقصود؛ وإلا اختل التوازن بين سلطة الاتهام في مجال اعتمادها - أثناء المحاكمة - على نتيجة طاير العرض، وبين المحامين في مجال نفي صحتها بعد أن حيل بينهم وبين حضوره، والنظر في كفيته، ومظاهر لتأثير فيه.

ويتوخي تحقيق هذا التوازن، أن يكون تشخيص شهود الجريمة لمرتكبها موضوعيا، وأن يكون تعريفهم عليهم أثناء المحاكمة قائما على مصدر مستقل An independent origin عن شهادتهم في طاير العرض إذا كان معيبا. ويخل في تقدير ذلك مجموعة من العوامل أهمها ما إذا كان الشاهد قد تولفرت لديه فعلا، فرصة البصر بالجاني وقت الجريمة، ودرجة انتباه الشاهد وقت رؤيته للجاني، ومدى ثقته في وصفه لملاحه؛ وقدر ثقته من الجاني وقت تعرفه عليه في الطاير؛ والفترة الزمنية المنقضية بين وقوع الجريمة، ومواجهة الشاهد للجاني؛ ووجه الالتقاء بين أقوال الشهود الذين تعرفوا عليه؛ والصورة التي أعطاها المتهم لما تم فيه؛ وما إذا كان شخص آخر قد شهد الجريمة وشخص جانتها قبل عرضهم عليه؛ وما إذا كان تحديد هؤلاء الجناة قبل صنفهم في طاير العرض، قد تم بعد عرض صورهم على شهود الجريمة؛ وما إذا كان هؤلاء الشهود قد أخفقوا في هذا التحديد في مرحلة سابقة^(١).

ولا يجوز أن تأخذ المحكمة بأحد هذه العوامل أو بعضها دون البعض الآخر. ذلك أن دلالتها لا تتحدد إلا على ضوء مجموع الظروف التي تحيطها. فإذا قام الدليل على أن الظروف التي أحاطت بالتعرف على المشبوه لها من وقعها ما يرجح تكبيرها أو تطرق الخل

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967); Simmons v. United States, 390 U.S. 377 (1968); Foster v. California, 394 U.S. 440 (1969); Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

إليها بصورة جوهرية A Substantial likelihood of misidentification، تحين عدم الاعتماد عليها^(١) وعلى الأخص ما كان من هذه العوامل قائما على صور من الإبقاء بعينها الشرطة في الشهود، ووجهتهم بها وجهة بذاتها فتعهم بأن شخصا معينا هو من أتى الجريمة. ذلك أن حضور المحامين مع موكلهم لم يعد مقصوراً على تقديم الحون لهم في مسائل القانون وحدها خاصة بعد تطور وسائل التحقيق ووجود الشرطة المنظمة التي تعذر معها الفصل بين ما يعتبر واقعاً وما يدخل في مسائل القانون^(٢).

٨١٣- وصار لازماً بالتالي أن نقرر أن تعيين شهود الجريمة للجناة الذين صنفهم الشرطة مع غيرهم في طابور عرض، يعتبر عملاً مخالفاً للدستور وباطلاً، كلما تم عرض المشبوهين في هذا الطابور في غير حضور محاميهم.

وإن حدد شهود الجريمة من قارنوها على النحو المتكدم، فإن تعيينهم لمرتكبها يكون ثمرة إجراء باطل. ويلحق هذا البطلان كذلك تعرفهم عليهم في قاعة المحاكمة، كلما قام الدليل على أن شهادتهم الجديدة، تبلور نتيجة العرض الباطل. وهي بعد قاعدة ينطبق حكمها ليس فقط على كل طابور لا يكون المشبوهون المعروضون فيه غير معتمدين بمحام عنهم، وإنما كذلك في كل مواجهة فردية بين المشتبه فيه في غير حضور محاميه وبين شاهد عيان الجريمة.

A face to face encounter between the witness and the suspect.

٨١٤- علي أن الأوضاع الملحة التي يجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، قد تقتضيهم أحيانا عرض المشتبه فيه -وقبل حضور محاميه- علي من شاهد الجريمة. فلو أن شخصا طعن سيده طمعة نالقة في صدرها مما اضطرها إلى إجراء عملية خطيرة أقتضتها في المستشفى، وكان رجال الشرطة في صراعهم مع عامل الوقت، وتصبوا لوفاء المجني عليها قبل عرضها علي المشتبه فيه، قد اضطجروه إليها في مكان علاجها، وحصلوا منها علي ما يفيد أن من عرضوه عليها هو من طمعتها. ثم شهد رجل للشرطة والمجني عليها بذلك أمام المحكمة، فإن تعرفها علي المشتبه فيه، يكون مؤلفاً للدستور بالنظر في الأوضاع الملحة التي

(١) Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972).

(٢) ولا يكفى بالتالي أن يقل المتهم مع محاميه في مرحلة المحاكمة، بل يتعين أن يتم ذلك في أية مرحلة من الاتهام رسمياً أو غير رسمي، داخل المحكمة أو خارجها كلما كان غياب المحامي مؤدياً إلى الاضرار بحق المتهم في محاكمة منصفة. ولا تعتبر المحاكمة كذلك إذا أضر المشبوه في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تؤثر في مصيره بدرجة خطيرة أو تجعل من المحاكمة ذاتها مجرد شكل بلا مضمون Mere formality.

United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967) at 226.

وجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، خاصة وأن المجني عليها كانت هي الشخص الوحيد الذي أبصر الجاني، ولأنه ما كان يوسعها أن تعان الجاني في مكان احتجازه بالشرطة، وذلك بالنظر إلى خطورة إصابتها التي قد تلحق حرقها بسببها، فلا تصل للشرطة قط إلى الجاني إذا لم تسمع فوراً أقوالها في المستشفى^(١).

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967).

المبحث الثانيالإفراج قبل المحاكمةPretrial Release

٨١٥- عادة ما يوفر النظام القضائي في الدولة للأشخاص الذين قبض عليهم وينتظرون صدور قرار الاتهام في شأن جرائمهم، فرصة الإفراج عنهم بوسائل مختلفة يندرج تحتها إطلاق الشرطة لسراحيهم فوراً إذا كانت الجريمة التي ارتكبوها تافهة. فإذا كانت جريمتهم من الجرائم الخطيرة، وكان قرار الاتهام قد صدر، فإن الإفراج عنهم يكون بكفالة يقدمونها لإطلاق سراحيهم حتى الفصل نهائياً في قضيتهم. بيد أن هذا الإفراج لا يجوز كلما كان كبيراً وقاتياً Preventive detention خوفاً من احتمال عيبتهم بأدلة الجريمة، أو للتأثير في شهودها، أو بالنظر إلى خطورتهم التي يرجح معها احتمال ارتكابهم لجرائم جديدة إذا ما أطلق سراحيهم، بما يهدد أمن مجتمعهم، أو يلحق مضار جسيمة بأشخاص بذواتهم يعد هؤلاء المجرمون إلى تصفية حساباتهم معهم لضغائن قديمة، أو لوشايتهم بهم أو لقتلها عليهم.

ويظل الحق في الإفراج عنهم قبل المحاكمة - حال انتفاء مخاطره - مشروطاً أصلاً بإمكان تقديمهم تأمينا يكتل ظهورهم أمام المحكمة إذا طلبتهم، وتنفيذ العقوبة المحكوم عليهم بها إذا أدبوا بالجريمة^(١). ويعتبر هذا التأمين - مع جواز مصادرته حال الإخلال بشروطه - ضماناً إضافياً لحضورهم. وكلما جاوز مقدار هذا التأمين الحدود المنطقية التي تكفل الوفاء بمثلهم أمام المحكمة التي تستعصيهم وتنفيذ العقوبة التي تحكم بها عليهم، فإن مبلغها لا يكون معقولاً متوخياً تعجيز المتهم عن دفعها، ومخالفاً للمستور بالتالي Excessive bail. وعلي المحكمة أو النيابة العامة بالتالي، أن تحدد مبلغها منظوراً في ذلك إلى كل حالة علي حدة^(٢).

٨١٦- وعادة تحيط السلطة التشريعية الإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم بشروط ضيقة بالنظر إلى تساعد عدد الجرائم التي يرتكبوها بعد إطلاق سراحيهم، وحتى لا تخرج المحكمة أو النيابة عنهم إذا كانوا يمثلون خطراً حقيقياً على آخرين، فيما إذا قبلت كفالتهم.

وعلي ضوء هذه الشروط، لا يجوز أن تقرر النيابة أو المحكمة حبس متهمين حسباً احتياطياً أو وقائياً، إلا بعد سماع أقوالهم. فإذا ظهر لها بعدئذ رجحان فراهم من قبضتها فيما

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 4 (1951).

وفي هذه القضية، تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، إن الحق التقديري في الحرية قبل الإدانة، يكتل الحق في النفاذ غير المعاق، وحظر توقيع عقوبة قبل الإدانة. وما لم يكتل المشرع الحق في لكفالة قبل الإدانة، فإن افتراض البراءة الذي تحصلنا عليه بعد قرون من الفضل، يندم.

(٢) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988) at 754.

لو أفرج عنهم، أو أن خطرا دائما قد يلحق آخرين من جراء ولوغهم في الإجماع بعد إطلاق سراحهم، فإن حبسهم احتياطيا يكون ضرورة لا مفر منها.

ولكل من هؤلاء بالتالي الحق في طلب محام يكون إلى جانبهم أثناء النظر في طلبهم الإفراج عنهم، وأن يأتي بشهوده، وأن يقدم ما يراه من الأدلة التي يعزز بها موقفه، وأن يواجه شهود النيابة ويجرحهم.

ولا يجوز للنيابة أو للمحكمة أن ترفض طلبهم الإفراج عنهم، سواء بالنظر إلى خطورتهم أو لرجحان هروبهم، إلا بعد أن تكون ذلك في قرارها أو حكمها مؤيدا بأدلة واضحة ومقنعة. ولا يجوز كذلك النظر إلى سلطة الحبس الاحتياطي باعتبارها سلطة مطلقة، إذ هي مقيدة بأغراضها، وبالضرورة التي توجهها، وأهمها طبيعة ودرجة خطورة الجريمة التي ارتكبتها الجناة، وخلفيتهم، وخصائص تكوينهم، وماضيهم في الجريمة، ونزوعهم إليها، وقد الإصرار على اللوغ فيها. وعلى ضوء هذه العوامل تقرر النيابة أو المحكمة الإفراج عنهم، أو بقاءهم محبوسين احتياطيا.

وإمراعاة أن حق المتهمين في الحرية قبل إدانتهم، مؤداة استصحابهم الأصل فيهم، وهو الفرض براءتهم^(١).

لذا كان قرارها باستمرار حبسهم، تعين أن يكون طريق الطعن فيه استئنافيا مفتوحا. فذلك وحده ضمان موازنة الحرية بمصلحة الجماعة. ولكن صبح القول -وهو صحيح- بأن حرمان الناس من حريتهم لا يجوز أن يتم على ضوء احتمال ارتكابهم مستقبلا لجريمة أيا كان نوعها؛ وأن مصائر الناس لا تحدها غير أفعالهم التي قارفوها بالمخالفة للقوانين الجزائية؛ إلا أن هذه القاعدة لا تصدق بالمسبة إلى شروط الإفراج عن المتهمين التي يضعها المشرع، والتي يحدد علي ضوئها في صورة منطقية، قواعد الإفراج عن المحتجزين في السجون.

ذلك أن شرط الوسائل القانونية السليمة بكل حماية الأشخاص في حرياتهم وأموالهم في مواجهة خطرين يتألفان من السلطة وعمالها:

أحدهما من طبيعة موضوعية Substantive due process تمنعها من التدخل في حياة الأفراد وحرياتهم وأموالهم علي نحو يصادم الضمير العام، أو يخل بالحقوق المندرجة ضمنا في إطار الحرية المنظمة.

(١) Stack v. Boyle. 342 U.S. 1 (1951)

وثانيتها من طبيعة إجرائية لا يجوز بحثها قبل التحقق من توافر العناصر الموضوعية لشرط الوسائل القانونية السليمة.

بما مؤده أن الوسائل القانونية التي تتوافر لها ضوابطها الموضوعية، تظل بحاجة إلى متطلباتها الإجرائية Procedural due process كشرط لسلامتها. ذلك أن تدخل السلطة في حياة الأشخاص أو في حرياتهم أو في أموالهم، لا يكون معقولاً ما لم يتم بطريقة منصفة In a fair manner. وغير صحيح ما يقال من أن لشرط الضيقة للإخراج عن المتهمين قبل محاكمتهم، تناقض للوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية بالنظر إلى انطوائها على عقوبة تفرض عليهم قبل إدلائتهم.

ذلك أن قواعد هذا الإخراج من طبيعة تنظيمية وليس مضمونها عقابيا، فضلاً عن أن مجرد احتجاز بعض المتهمين في حبسهم، لا يدل بالضرورة على قصد عقابهم. وإنما تتحدد الطبيعة التنظيمية أو العقابية لشرط الإخراج على ضوء ما عناه المشرع بها وتوخاه منها. فكلما قام الدليل على أن غرض المشرع من تنظيم معين، ليس عقابيا، وأن هذا التنظيم يتوخى أغراضا مختلفة، فإن هذه الأغراض وحدها هي التي يتعين التقيد بها كي ننظر بعدئذ فيما إذا كان للقواعد التي يقوم عليها هذا التنظيم، صلة منطقية بالأغراض التي استهدفها، أم أنها دخيلة عليها ولا تكفل تحقيق أهدافها^(١).

٨١٧- ولتين من استقراء النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع الإخراج عن المتهمين، أنها لا تتمحور عقابا للمطرين منهم. وإنما توحي المشرع بده المخاطر التي قد تنجم عن إطلاق سراحهم. وتلك مصلحة اجتماعية ملحة لا نزاع فيها.

والأصل بذلك ألا يصدر القرار بحبسهم لحفاظيا إلا في الجرائم الخطيرة كجرائم الاتجار في المواد المخدرة أو الخطرة والجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد- وبعد سماع أقوالهم، وألا يزج هؤلاء المحبوسين مع الأشقياء المارقين، وإنما يعزلون عنهم في أماكن مستقلة قدر الإمكان.

(١) أخذ الحق في الكفالة للإخراج عن المتهم، من وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا ينشأ هذا الحق وجوب الإخراج بكفالة في جميع الصور، ولكن فقط الحق في عدم التعاقب في الكفالة في الأحوال التي يكون من الملائم منحها.

٨١٨- ويتعين في كل حال أن تكون مدة الحبس الاحتياطي محدودة، فلا يستعمل زمنها إلى حدود غير منطقية. ولا يقرر الحبس الاحتياطي - ولو كان تشريعياً" واقعا" في حدود معقولة - بغير رقابة قضائية.

٨١٩- ولا يجوز كذلك أن يقال بأن رفض الإخراج عن المتهمين هو إخلال بشرط الوسائل القانونية السليمة في جرائبها الموضوعية بما يقوم عليه هذا الشرط من عدم جواز تدخل السلطة في حرية الأشخاص وحبسهم احتياطياً قبل أن يصدر حكم بإدانتهم عن الجريمة التي اتهموا بها، ذلك أن السلطة بوسعها في بعض الأوضاع، أن تقيد من حرية الأشخاص قبل محاكمتهم وإدانتهم، أو حتى بدون محاكمة.

ولا شبهه في أن للدولة مصلحة محققة -مشروعة وقاهرة- في مكافحة الجريمة سواء كان المقبوض من المبالغين أو القصر، خاصة إذا كان هؤلاء قد ارتكبوا جرائم بالغة الخطورة، وكان راجحاً إقدامهم على جرائم مثلاً ضد مجتمعهم بعد الإخراج عنهم. ويتعين بالتالي لجواز الحبس الاحتياطي، أن تقدم سلطة الاتهام سبباً معقولاً للتكليف على أن المتهمين قد ارتكبوا الجريمة التي نسبتهما إليهم، وأن يتم سماع أقوالهم في إطار نظم اختصاصية بمعنى الكلمة، وأن تعمل النيابة فوق هذا على إنعاق الجهة للقضائية المحايدة، بأن الإخراج عنهم يمثل خطراً على أمن الجماعة أو سلامة آخرين.

وتلك مصلحة تروبو على مصلحة الفرد في الحرية، وتقتضي من الدولة أن تبذل جهدها -رمن أجل مكافحة الجريمة- حتى تجرد من يزعون إليها أو يقيمون عليها من أسلحتهم التي يهددون آخرين بها، ذلك أن مصلحة الجماعة في ضمان أمنها، تقتضيها فرض الاستقرار في إقليمها، ليس فقط في زمن التوتر والعصيان وإيان الأعمال الحربية، بل كذلك فيما وراءها إذا تطلبتها ضرورة مواجهة الخطرين الذين يعيشون بمصالحها.

وفي إطار هذه الظروف، لا يكون الاحتجاز السابق على المحاكمة، منافياً أصلاً لقيم العدل العفيرة جنورها في ضمير الجماعة، والتي لا يجوز للتفريط فيها.

وليس احتمال نزوع المتهمين الخطرين إلى الجريمة مرة ثانية وانغماسهم فيها إذا جاز أخرج عنهم، تنبؤاً مستحيلاً. كذلك انخراطهم مستقبلاً فيها ينبغي أن يكون احتمالاً راجحاً، وألا يقرر بالتالي من فراغ، وإنما على ضوء نظرة موضوعية تحققها الجهة القضائية المحايدة التي تفصل في أمر إبقاء المتهم محبوساً أو إطلاق سراحه. ويتحقق هذه للنظرة المحايدة- وعلى الأخص- كلما كان للمتهمين المحبوسين حق كامل في سماع أقوالهم، والشهادة بأنفسهم، وتقديم بيانات وأدلة لصالحهم، ومواجهة الشهود المناوئين لهم في مرحلة سماع أقوالهم هذه.

وتفصل الجهة القضائية المجادلة في كل ذلك على ضوء وزنها لطبيعة وخصائص الاتهام، والأوضاع التي تحيط بالجريمة وظروفها، والأدلة عليها، وسجل المتهم وقدر ميله إلى الإجرام، وما يمثلته من خطر على الجماعة أو بعض أفرادها. وطى هذه الجهة أن تأخذ ذلك كله في اعتبارها، وأن تقوم بقرارها على عناصر واقعية لها معيناها من الأوراق، وأن تؤيد قرارها باستمرار حبس المتهم بالأدلة المنطقية التي تؤزره، وذلك كتابة.

٨٢٠- ولئن صح القول بأن الكفالة المغالية فيها تكافض الدستور، إلا أن ما يقرره الدستور المشرع من حدود منطقية لهذا التأمين، لا يتصل بضرورة الإفراج عن المتهمين الخطرين. وإنما يقتصر حكم الدستور على أمر الجهة القضائية المحايدة بالآلا ترفض هذا التأمين -إذا ما خلص قرارها إلى ملامة للتضائل- بصورة مبالغ فيها. وليس في ذلك ما يلزمها بالإفراج عن المتهمين المقبوض عليهم جميعهم، في كافة ظروفهم، وعلى فباين أوضاع الجرائم التي ارتكبوها، سواء في طبيعتها، أو قدر خطورتها، أو استتجال آثارها، أو تداعي نتائجها^(١).

٨٢١- ويتعين بالتالى ألا تكفل مدة الحبس الاحتياطي بغير ضابط، وإلا كان للمحبوسين حق اللجوء إلى المحكمة لتفصل على وجه السرعة في أمر حبسهم، ولتقرر الإفراج فوراً عنهم إذا كان احتجازهم مخالفاً للدستور أو القانون، وإلا جاز الطعن على قرارها أمام المحكمة الأعلى.

وتتناهض المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، مدد الحبس الاحتياطي التي يستطيل زمنها على نحو يتسم بالمبالاة Excessive length of pre-trial detention، وترأما مخالفة لنص الفقرة ٣/ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوربية لحماية هذه الحقوق.

وتقرر هذه المحكمة كذلك أن مشروعية الاحتجاز إنما تتحدد على ضوء حقيقة الأوضاع التي تنصل به، والتي لا يندرج تحتها الطبيعة السياسية للجريمة؛ ولا درجة تعقد الفصل في ثبوتها أو انتفاءها؛ ولا الطريقة التي سلكها المحامون في التعبير عن ضيقهم بالمحكمة، وانتقاد إجراءاتها غير القانونية؛ ولا بخروجهم من قاعة جلساتها أكثر من مرة احتجاجاً على بعض تصرفاتها؛ ولا في رفض المتهمين للتعاون معها. وإنما يجب الفصل في أمر الإفراج عن المتهم على ضوء كافة العوامل التي تحدد في مجموعها ما إذا كان خطر هربه بعد الإفراج، حقيقياً أو تافهاً.

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988); Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

ويتعين كذلك على السلطة الوطنية أن تعطي لمرحلة ما قبل المحاكمة أهميتها، وأن تزن حساباتها في شأن الإخراج عن المحتجزين لديها على ضوء الصلة الجوهرية التي تربط بتقييد حريتهم، بمصلحة عامة لها وزنها؛ أخذاً في اعتبارها أن الأصل في هؤلاء المحتجزين، هو افتراض براءتهم، وأن الحرية الفردية لا يصونها غير القيود المنطقية التي تحيط بها، وأن قرارها برفض الإخراج عن المحتجزين لديها، ينبغي دوماً أن يكون قابلاً للطعن فيه، لتقرر محكمة الطعن ما إذا كان قرار الإخراج موافقاً أو مخالفاً للفقرة ٣ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان^(١).

(١) Judgment of 8 June 1995- no.6/1994/453/533-534* - Yağci and Sargin v. Turkey.

وقد نشر هذا الحكم في ص ٢٨٦ وما بعدها من العدد ١٦ رقم ٢-٩ من مجلة للقانون لحقوق الإنسان

. Human Rights Law Journal.

المبحث الثالث

قرار الاتهام

٨٢٢- يعتبر قرار النيابة بتوجيه الاتهام إلى شخص محين بارتكابه للجريمة التي حدثتها، تعبيراً عن السلطة التقديرية التي تملكها، والتي تحدد علي ضوئها من تكهيه بالجريمة. وهي سلطة تباشرها آخذة في اعتبارها ما إذا كانت الأثلة المتوافرة لديها، كافية لحمل قرار الاتهام، ولتوجيه النيابة لمواردها المالية والفنية والطبية توصلاً لإدانة متهمها.

كذلك فإن قرار الاتهام مؤداه، انتهاء أسس أخرى لحمل تقديم المتهم للمحاكمة. ومن ثم يتركز قرار النيابة بتوجيه الاتهام أو عدم توجيهه علي سلطتها التقديرية الحريضة. وهي في ذلك تلتفد السياسة التي ترتبها كافة تحقيق أغراض للنظم العقابية التي تقوم فيها بدور الأمين علي مصلحة الجماعة الحريص علي صون حرمتها.

ولئن جاز القول بأن قرارها بعدم توجيه الاتهام، قد لا يلقي معارضة جنية من الآخرين، ولأن المعارضين لقرارها كثيراً ما يخفقون في احتجاجهم عليه؛ إلا أن قرارها بتوجيه الاتهام، يطرح بالضرورة بواعثها في شأن الخصومة الجنائية التي حركتها ضد المتهم، كانتفاؤها بعض المتهمين لتقديمهم إلى المحكمة، دون آخرين كانوا شركاء معهم في الجريمة ذاتها أو فاعلين أصليين في جريمة تماثلها، وكلن تقصر اتهامها علي بعض الأشخاص لمجرد مباشرتهم حقوقاً كلها للمستور لهم، كحرية التعبير عن بعض اتجاهاتهم المناوئة للحكومة.

ومن ثم كان كل اتهام مغالفاً للدستور إذا كان لتتقاي، أو ملطوباً علي الإخلال بحقوق أساسية كلها للدستور للمتهم، أو صادراً لمجرد مباشرته لهذه الحقوق، أو مغالفاً بالرغبة في الانتقام من المتهم.

ذلك أنه أيا كان قدر السلطة التقديرية التي تملكها النيابة في اختيارها توجيه الاتهام، أو عدم توجيهه؛ فإن لهذه السلطة ضوابطها أو كوابحها.

والتمييز بين الجناة المتمثلة مراكزهم القانونية من خلال انتقاء بعضهم لتقديمهم إلي المحاكمة، يناقض الدستور بالضرورة لمخالفته شرط الحماية للقانونية المتكافئة التي ترفض المغايرة في المعاملة القانونية بناء علي اعتبار يتطق بالجنس أو باللون أو بالعقيدة أو بغير ذلك من صور التقسيم القائم علي التحكم.

ويبطل بالتالي قرار النيابة بالاتهام، إذا كان موجها بعوامل جوهرها التمييز، وباعتها التفريق بين الأوضاع المتماثلة.

٨٢٣- وبتعبير آخر، كلما كان قرار الاتهام صادرا في حدود السلطة القانونية للنيابة، وخادما للشرعية الدستورية، فإن تعييبه يكون بخير سند. فإذا قام الدليل على أن قرار الاتهام ما كان ليصدر لولا مباشرة المتهم حقوقا كلها الدستور، بما يجعل مباشرته لهذه الحقوق سببا لصدور ذلك القرار، بطل القرار بكل آثاره.

٨٢٤- فإذا ما استقر رأي النيابة على الاتهام، كان عليها أن تحدد نطاقه. ويفترض ذلك أن تبين النيابة طبيعة الجريمة التي تتسبها إلى متهمها وأدلتها^(١). فقد تفاضل النيابة بين جنابة وجنحة، وتختار الاتهام بالجنابة مضارة بالمتهم. وقد تفاضل بين اتهامه بجريمة واحدة، أو بأكثر من جريمة حال تعدد الجرائم التي ارتكبها؛ أو لمخالفته بفعل واحد أكثر من قانون جنائي.

وقد يعارض المتهم في إسناد أكثر من جريمة له متهمها النيابة ذاتها بمسعيها إلى الانتقام منه، أو دافعا بالفموض القوانين الجنائية المتعددة التي انتهكها.

وإذا كان من المقرر قانونا عدم جواز تحريض حياة الأشخاص أو أموالهم أو حرياتهم لمخاطر نظم جنائية يتخبطون في معانيها، ويختلفون في مقاصدها، بما يفقدها يقين وضوح أحكامها، فلا يدرك المخاطبون بها حقيقة مضمونها، ولا يخطرولن سلفا بالتالي بحقيقة الأفعال التي نهامهم المشرع عن ارتكابها أو التي حتم عليهم القيام بها؛ وكان توافر شرط الأخطار في الجرائم جميعها، يعتبر مطلبا دستوريا لبيان حقيقة الأفعال التي تكونها؛ إلا أن التدخل بين قانونين جنائيين، يدل على أن المشرع لم يحكم صياغتهما، ويجهل كذلك بماهية الجرائم المنصوص عليها فهما، فلا تتوافر فيهما خاصية اليقين التي تنسم بها القوانين الجنائية جميعها^(٢). ذلك أن هذه القوانين لا تخطر للمخاطبين بها بحقيقة الأفعال التي نهتهم عنها؛ أو التي طلبتها منهم، ما لم يكن وصفها للجرائم المحددة بها، كاملاً Fully descriptive of the offence. ويتعين بالتالي أن يصاغ الاتهام على نحو يحدد للجريمة أركانها ولا يجهل بشرط الإخطار بطبيعة الجريمة المنسوبة إلى المتهم. وهو شرط تقتضيه الوسائل القانونية السلمية الإجرائية^(٣).

(١) United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876), Bartell v. United States, 227 U.S. 427 (1913).

(٢) United States v. Carl, 105 U.S. 611 (1882).

(٣) In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

وما يقال من أن للتدخل بين قانونين جنائيين لا يفرد أكثر من حق النيابة في اختيار أحدهما، وتوجيه الاتهام وفقا لأحكامه، وأن هذا التدخل لا يعتبر في ذاته مخالفا للدستور، بشرط ألا تكون النيابة موجهة في خيارها بعوامل التمييز ضد فئة أو طبقة بذاتها من المتهمين^(١)، مردود بأن تطبق قانونين جنائيين بالأفعال ذاتها، واختيار النيابة العامة ولحداً من بينها لتأسيس الاتهام وفق أحكامه، مؤداه بالضرورة عدالة غير متكافئة، إذا كان هذان القانونان متعاصرين.

فإذا اختلفا من جهة زمن تطبيقهما، وكانت العقوبة التي يفرضها القانون اللاحق أقل من التي يفرضها القانون السابق، فإن اختيار النيابة للقانون اللاحق لا يكون مخالفاً للدستور، إذ هو أصح للمتهمين في مجال تطبيقه بالنسبة إليهم.

ولا كذلك أن تكون العقوبة المقررة بالقانون اللاحق، أشد وطأة من عقوبة القانون السابق، إذ يعتبر القانون اللاحق -في هذا الفرض- ملغيا ضمن القانون السابق بكافة أحكامه؛ فلا يبقى غير قانون واحد، هو القانون اللاحق، لتزج الجهة القضائية العقوبة التي يفرضها بموازين الشريعة الدستورية التي تحدد علي ضولها ما إذا كانت العقوبة التي يفرضها المشرع للجريمة التي نص عليها القانون اللاحق تناسبها، أو تجاوز وطلتها خصائص الجريمة ودرجة خطورتها. ذلك أن ثقل العقوبة بالنسبة إلي نوع الجريمة التي تنطبق بها، ينفي مواءمتها للدستور.

٨٢٥- وكما لا يجوز لأغراض انتقامية أن تباشر النيابة سلطاتها التقديرية لتوجيه الاتهام إلى شخص معين، لا يجوز كذلك لأية محكمة أن تزيد من قدر العقوبة التي توقعها على المتهم لإشباع هذه الأغراض عنها خاصة إذا كان موقفها في هذا الشأن منهجيا. ذلك أن الانتقام من المتهم Vindictiveness against defender يخل بالضرورة بشرط الوسائل القانونية السليمة.

٨٢٦- وإذا جاز للنيابة في بعض الدول، أن تذكر المتهمين الذين تفاوضهم للحصول منهم على إقرار بالجريمة التي تتهمم بها، بأنها ستوجه إليهم تهمة جديدة غير التي تضمنها

(١) انظر في ذلك قضية

United States v. Batchelder, 442 U.S. 114 (1979).

ولي هذه القضية تؤكد المحكمة العليا للولايات الأمريكية، جواز هذا التدخل من زاوية دستورية. وتصنيف إلى ذلك قولها بأن المخاضيين بقانونين جنائيين متعلطين، وإن كانوا لا يعرفون سلفا ما إذا كانت النيابة العامة ستقدمهم إلى المحكمة وفقا لهذا القانون أو ذلك، إلا أن هذه الصعوبة شأنها شأن الجريمة الواحدة التي يفرض لها المشرع أكثر عقوبة، ويفوض المحكمة في انتقاء العقوبة التي يراها من بينها- أكثر ملائمة للجريمة.

قرار الاتهام الأول، إذا لم يعترفوا بالجريمة التي نسبها هذا القرار إليهم^(١). فإن شرط ذلك أن يجيز النظام القضائي في الدولة عملية التفاوض هذه، وأن تمنحها الهيئة القضائية المعنية غطاء من الشرعية الدستورية. فإذا كانت عملية التفاوض تلك محظورة وفق النظم العقابية القائمة -وهي لابد أن تكون كذلك لانتطوئها على حمل للمتهم على الإقرار بجريمة قد لا يكون هو مرتكبها، خوفاً من نتيجة المحاكمة وقلقاً على مصيره- فإن مثل هذا التهديد أو التحذير يكون مخالفاً للدستور.

ذلك أن المتهمين الذين يسلكون إلى الإقرار بالجريمة على هذا النحو، يشهدون ضد أنفسهم بما يدينهم، ويتخوفون من العقوبة المقررة أصلاً^(٢) للجريمة التي اتهموا بها. إذا رفضوا الإقرار بارتكابها، فلا يتكافأ مركزهم ومركز النيابة التي لا يجوز لها أن تدفعهم إلى الإقرار بالجريمة لمجرد اختصار إجراءاتها، أو لتوفر مواردها التي توجهها -في الأصل- بكامل ثقلها لإدانتهم.

٨٢٧- فإذا نحينا جانباً عملية التفاوض تلك بكل مخاطرها وسوءاتها، وكان من المقرر أن للنيابة -وقبل توجيه الاتهام بصفة نهائية- أن تعيد النظر في تقديرها المبني لحقيقة الأعمال التي ارتكبتها المتهم، والتي قد تكون بعض جوانبها خافية عليها وقت هذا التقدير، إلا أن تعديل النيابة لأبعاد الاتهام بعد بدء المحاكمة، يثير شكوكاً حول حقيقة دولتها^(٣).

(١) قد يقر المتهم بذنبه بدلاً من أن تتولى النيابة العامة بنفسها إثباته *Culpy Plea* وذلك لأسباب مختلفة، منها كثرة الأدلة الموجودة ضده، وكذلك إذا قدر أن محاكمته قد تكتفي إلى فرض عقوبة أكبر من العقوبة التي يتحملها فيما لو أقر بالجريمة. ومن ثم يدخل المتهم ومحاميه في عملية تفاوض *Plea Bargaining* مع سلطة الاتهام حتى يحصل على عقوبة أخف أو يسمح له بالإقرار بارتكابه لجريمة عقوبتها أخف. ولئن جاز القول بأنه لا يجوز في النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية أن يكره شخص على الإقرار بذنبه، إلا أنه أقر بـتنبه مختراً، وبإرادة حرة، كان هذا الإقرار موافقاً للدستور في الدول التي تجوز عملية التفاوض هذه.

United States v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968).

ونظراً لبعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية إلى عملية التفاوض هذه باعتبارها عملية هامة وضرورية في مجال إدارة العدالة الجنائية

Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

(٢) *United States v. Goodwin*, 457 U.S. 368 (1982).

المبحث الرابعتقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام

٨٢٨- يتعرض الأبرياء الذين يقدمون إلى المحكمة الجنائية، خاصة في الجرائم الخطيرة، لمخاطر لا يجوز إسقاطها من حسابهم، حتى لو أطلق سراحهم لبطلان الأدلة ضدهم أو عدم كفايتها. ذلك أن سمعتهم تضلر بقدر كبير، وتظل عاقلة في الأذهان ما تردد عنهم في الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام. وهم ينفقون أموالاً ضخمة من أجل الظفر ببرائتهم، ويتحملون أشكالا من المعاناة لا قبل لهم بها طوال محاكمتهم، يندرج تحتها انقطاع صلتهم بالحياة اليومية التي درجوا عليها.

ومن ثم كان حرص النظم الجنائية في تطورها المعاصر، ليس فقط على حماية الأبرياء من مغية أحكام خاطئة تدينهم، وإنما كذلك حمايتهم في مواجهة تهم ليس لها ما يساندها من الأوراق. ويتعين بالتالي أن تتولى جهة قضائية محايدة -وعلى الأقل في الجرائم الخطيرة- مراجعة النيابة في قرارها بأن تتهم، لنقرر ما إذا كان لقرار الاتهام في هذه الجرائم سند من الأوراق يسوغ للمضي فيه.

ومن ثم تتولى هذه الجهة، للنظر في الأسس التي قام الاتهام عليها، لتفصل بنفسها في كفايتها أو قصورها عن حمل التهمة، قبل أن توجه هذه الجهة الاتهام إلى المتهم المائل أمامها.

فكانت الجهة القضائية المشار إليها^(١) تقوم بعملية تصفية، غايتها ألا يوجه اتهام بغير دليل. بما يقيم هذه الجهة عازلاً بين النيابة والمتهم المحتمل، لتمتددة أنواع من الحماية هو في أشد الحاجة إليها.

وهذه الجهة القضائية لا وجود لها في مصر، إذ ليس ثمة فاصل بين قرار النيابة المصرية بالاتهام، ومثول متهمها أمام المحكمة التي تفصل بنفسها في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها، أو انتفاءها.

(١) تسمى هذه الهيئة في الولايات المتحدة الأمريكية بـهيئة المظالم الكبرى، وهي لازمة في المحاكمات الفيدرالية بمقتضى التحديد الخامس للدستور الأمريكي، ولكنها غير مطلوبة في الولايات الأعضاء في الاتحاد.

وفي ذلك إخلال جسيم بمصلحة المتهم التي لا يكفلها تسرع النيابة في اتهامه، وعلى الأخص كلما كان الدليل على التهمة غير مقبول قانوناً، أو لا مصدر له في الأوراق، أو ليس كافياً من وجه آخر.

ومن ثم يكون وجود هذه الجهة القضائية التي تحيل المتهم بنفسها إلى المحكمة إذا اطمأن وجدانها لسلامة الأسس التي قام عليها قرار الاتهام، ضماناً حقيقة تؤمن الأبرياء من كل اتهام يتسم بالانتفاخ، أو بالتهور، أو بالتورط، أو بالقهر، أو بالتحايل، أو بالفسخ، سواء كان المتهم المحتمل فرداً أو أقلية عرقية أو غيرها.

ذلك أن للنظم الحقيقية للدالة الجنائية، يعنيها أن يكون قرار الاتهام قائماً على أسس من حكم العقل وضوابط من القانون. فلا يكون إلقاء من القوة التي تتسلط بها النيابة على المتهمين، ولا احتيالا منها على حكم القانون، ولا موجهها بالاضغاث الشخصية - Personal ill will التي يجوز أن تنزلق إليها.

ويتعين أن تكبر تلك الجهة القضائية - في مجال تقديرها لأسس الاتهام - مناقشاتها علانية، وفي مواجهة النيابة وخصمها، وأن يكون للدفاع عن المتهم المحتل حق دعوى الأدلة التي تقدمها النيابة لتعزيز موقفها من الاتهام، وكذلك مقابلة شهودها بشهوده. ومن ثم لا تكون جلساتها سرية ولقمة وراء جدران مغلقة، بل مفتوحة وعلنية، قائمة على المواجهة، ومنطوية على تحقيق مبدئي Preliminary hearing. لا يفصل في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفاثها، وإنما في ملازمة توجيهها في إطار كافة العناصر التي تقدمها النيابة، وكذلك تلك التي يطرحها الدفاع.

٨٢٩- علي أن ضمانات التحقيق المبدئي، لا تعتبر ضمانات دستورية يخل نقضها بشرط الوسائل القانونية السليمة ذلك أن ما يتطلبه الدستور لا يزيد عن فصل سلطة الاتهام عن المحكمة التي تنظر التهمة، فلا يندمجان في جهة واحدة.

بما مؤداه أن ضمانات التحقيق المبدئي في الاتهام قبل الإحالة إلى المحكمة، وإن كانت خطوة أكبر وأعمق في اتجاه الحرية، إلا أنها غير لازمة دستورياً لصونها.

علي أن المحكمة التي تنصل في الاتهام المحال إليها، وبأن كل بوسعها دوماً الإفراج عن المتهم إذا تبين لها - من ظاهر أدلة الاتهام - تهوؤها أو تعادم أساسها؛ إلا أن ضمانات التحقيق المبدئي يساندها من الجهة القضائية التي تفصل مبدئياً في جواز إسناد أدلة الاتهام إلى

المتهم المحتمل، أو كفايتها، هي التي تجنبه مخاطر السقوط في هاوية القلق، وتشويه سمعته، والتعرض به، والإخلال بفرصه في الحياة الملائمة النقية من شوايلها.

ذلك أن قرارها بفساد أسس الاتهام، يعني إسقاط التهمة بخير محاكمة مطولة يتعد بها مصير المتهم المحتمل، ويزداد من خلالها اضطراباً، وقد يفقد معها عمله، وعائلته، ومظاهر حياته التي ألفها طوال الفترة التي تستغرقها المحاكمة، والتي تمتد كذلك لتشمل فترة الطعن في حكمها بالإدانة، ثم الفصل نهائياً في هذا الطعن، إذا ظل المتهم أو المدان طوال هذه الفترة الزمنية، في قبضة السلطة، ولو لتنفيذ الحكم الصادر ضده.

ذلك أن مخاطر تقييد حرية المتهم بعد القبض عليه، هي التي بمن أن تؤخذ في الحسبان.

٨٣٠- ومني اختار المشرع ضمانات التحقيق المبني المبني على إحالة المتهم إلى المحكمة، والتي تتوخى استكناه الأسس التي يقوم الاتهام عليها، وتقرير صحتها أو سادها، تعين أن يتقيد هذا التحقيق بعدد من القواعد أهمها:

أولاً: أن مرحلة التحقيق المبني، تعتبر مرحلة حرجة تقتضي حضور محام يمثل المتهم المحتمل Potential accused، ويولجته شهود الدليّة وأدلتها، ذلك أن مهارة محاميه وبراعته القانونية، كثيراً ما تكون هي الطريق الوحيد للتكليل على خال في التهمة بتلق بنخلال أدلتها أو ضعفها أو اضطرابها. والمحامون المؤهلون يملكون من خبراتهم ما يعينهم على مواجهة التهمة من كافة جوانبها، ومعرفة نواحي قوتها وملامح قصورها، حتى إذا أحيل موكلهم إلى المحكمة بعد التحقيق المبني، استطاعوا الدفاع بصورة فعالة وملائمة عن براءته. وقد يطلبون طبيباً نفسياً لفحص حالة المتهم المرضية في مرحلة التحقيق المبني. وقد لا يقدر المتهمون المحتملون الذين يفتقرون إلى الموارد المالية، حاجتهم إلى محامين عنهم في هذه المرحلة الحرجة لتتولي الجهة القضائية القائمة على إجراء هذا التحقيق، تعيينهم، حتى يمدوا يد العون لهؤلاء المتهمين، شأن حضورهم في هذه المرحلة الحرجة، شأن الحق في طلبهم في مرحلة المحاكمة ذاتها^(١).

ثانياً: لا يجوز للجهة القضائية التي تقوم بالتحقيق الابتدائي في شأن متهم محتمل، أن تحيله إلى المحكمة تحاملاً، ولا أن تحرره من قبضتها الجازاً. وإما حسبها أن يكون قرارها بإحالة إليها منصفاً. وليس واجباً عليها أن تتقيد بالقواعد الإجرائية الجامدة.

(١) Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

وكما كانت هذه الجهة مكونة من محلفين، فإن تشكيلها يتعين أن يكون متضمنا عناصر من قراء المتهم المحتمل، فلا يستبعد السود من تكوينها إذا كان المتهم من جنسهم؛ وإلا كان تشكيلها منطويا على تمييز يناقض الدستور^(١).

ثالثاً: أن هيئة المحلفين التي تقوم بالتحقيق الابتدائي، تتكون من المواطنين البسطاء الذين لا يدركون للقواعد القانونية المعقدة، ولا يفهمون دروبها للمثوية. ولا يجوز بالتالي نقض قرارها بتوجيه الاتهام، ولو كان هذا القرار غير مؤيد بأدلة يجوز قبولها قانوناً^(٢).

ذلك أن صحة قرار هذه الهيئة يرتبط بتشكيلها وفق الدستور والقانون، وبصدوره في غير محاباة ودون تحامل. والمواطنون البسطاء الذين يشكلون هيئة المحلفين لا يجرون تحقيقاتهم على ضوء القواعد القانونية الفنية. وإنما يكون الإصرار على تطبيقها حقا للمتهم في مرحلة الخوض في موضوع الاتهام، وذلك أمام المحكمة التي تفصل في صحة التهمة أو بطلانها توصلها لحكم بالإدانة أو بالإفادة.

(١) Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956).

(2) Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910); Loun v. United States 355 U.S. 339 (1958).

الفصل الثامن

المحاكمة المنصفة

المبحث الأول

صورتها الإجمالية

٨٣١- هذه المحاكمة هي الوجه المقابل لضمان الحرية للشخصية ولصون الحق في الملكية التي لا يجوز تقييدهما بغير الوسائل القانونية السليمة التي تترك في جذورها التاريخية إلى مجابهة أعمال التحكم أيًا كان أطرافها، وسواء كان من يبلسرها ملكًا أو أميرًا أو غيرهما.

وهي بذلك تقوض امتياز مباشرة السلطة بغير ضوابط تقتضيها الحدود المنطقية لولايتها، وتواجه لتحرفها عن أهدافها حتى في المفاهيم المعاصرة التي تتوزع السلطة بمقتضاها بين أنواع مختلفة يستقل كل منها عن الآخر، فلا تتداخل مهامها.

ولا يجوز بالتالي للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أن تقوض أوامرها وخياراتها على مواطنيها، وكأن الوسائل القانونية السليمة من صنعها، لتحدد بنفسها ما يدخل تحتها وما لا يندرج فيها. إذ ليس ذلك من الحقيقة في شيء.

ذلك أن هذه الوسائل لا تتوخى غير صون آدمية الناس جميعهم، وضمان كرامتهم. وهي بذلك تعلق على السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعلى السلطة القضائية نفسها لأنها تبين لكل منها الدائرة التي ينبغي أن تعمل فيها. ويدونها يتعرض للفرد لمخاطر جسيمة قد يصير معها مجرد شيء بغير قيمة.

٨٣٢- وإذا كان الأصل في الناس جميعهم هو الحرية؛ وكان الدستور قد كفل حرمة أموالهم، فإن صون حرياتهم وملكيته، ينافيها التجهيل بمضمون القوانين الجزائية، وينقضها كذلك سؤيقهم إلى محكمة لا يتوافر لها من استقلالها وحيثتها، ما يكفل لحقوقهم التي نص عليها الدستور، الحد الأدنى من متطلباتها، ويندرج تحتها الحق في محاكمة سريعة وعادلة ومحيدة لها من ضماناتها ما يكفل إتصالها، ومن تكامل إجراءاتها ما ينفى اختصارها^(١) Summary Trial.

فلا بد أن شخص بغير دفاع؛ ولا بناء على دفاع غير ملائم؛ ولا وفق أدلة تم تلبيتها أو تزويرها، أو الحصول عليها من أوجه أخرى بالمخالفة للقانون؛ ولا بأدلة ليس لها صلة

(١) Barker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 398 U.S. 30 (1970); United States v. Marion, 404 U.S. 307 (1971); In Re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

بالجريمة المدعى ارتكابها، أو لا تنتج في إثباتها^(١)؛ ولا بقرائن مجافية للحقائق العلمية والعلمية^(٢)؛ ولا لمجرد حرمانه من ميزة كفلها الدستور أو المشرع؛ ولا بشهادة يكره هو على أدائها ليدين نفسه بها، ولا إخلالا بالحق في سماع دفاعه بعد إخطاره بعناصر الاتهام بلا إبطاء غير مفهوم^(٣)، ولا وفق قواعد ليس لها من مضمونها أو إجراءاتها ما يكفل إنصافها؛ ولا بإكثار حق المتهم في النفاذ إلى الوسائل العلمية التي يقتضيها تحقيق دفاع جوهري لبداه^(٤).

ويوجه خاص لا يجوز حرمان متهمين من حضور محكمتهم، كلما كان مثولهم فيها ضروريا لمرض موقفهم من الجريمة المدعى بها ونفيها عنهم، ولو كان ذلك بتخطيهم لمحاميهم، وإدانتهم الدفاع عن أنفسهم بالطرق التي يرونها أكثر ملاءمة أو تأثيرا. ويتعين كذلك ضمان مثولهم في كل إجراء يؤثر في المحصلة النهائية للفصومة الجنائية، كالانتقال إلى محل الجريمة لتحقيق بعض عناصرها.

بما مؤداه، أن الأصل في الاتهام الجنائي -بالنظر إلى خطورته- أن يواجهه المتهم من خلال محكمة لها من ضماناتها، ومن مضمون القواعد التي تطبقها، ما يكفل فعاليتها ووزنها لأثلتها بالقطب. كذلك فإن الأصل في الأشخاص، وإلى ما قبل إدانتهم بالجريمة، هو حرية أبحاثهم من القيود عليها.

(١) Vachon v. New Hampshire, 414 U.S. 478 (1974).

(٢) Tot v. United States, 319 U.S. 463, 468 (1943).

وتعتبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن القرائن التحكيمية المنافية للواقع العملي في الحياة بقولها.

Presumptions so strained as not to have a reasonable relation to the circumstances of life.

(٣) وسبب ذلك أن الأصل هو أن يكون لكل إنسان حق في أن يحيا حياة هادئة مطمئن فيها على حريته وملكيته بغير تدخل من السلطة العامة، إلا إذا كان لتدخلها وجه من القانون. ومن ثم يعتبر الحق في سماع أقوال الشخص المواجه بإجراء ماء الوجه المقابل لحق السلطة في اتخاذ هذا الإجراء. وهو بذلك يمثل رأي التيم وأرفمها في مجال الوصول إلى الحقيقة. ذلك أن المعرضين لمخاطر معينة، لا يستلمعون دفعها إلا بعد إخطارهم بها، وضمان فرص عادلة لمواجهتها.

Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 264 - 65 (1970).

(٤) يفترض في هذه الوسائل العلمية أن تكون هي الإجراء الوحيد لإظهار برائته. وعندئذ يتعين على الدولة أن تتحمل نفقاتها. فإذا ادعت امرأة نسبة طلق إلى شخص معين، وكان اختبار الدم هو الإجراء الوحيد الذي يملكه المدعى عليه لحضن قرائن كتمتها الأم، وبذل ظاهرها على نسبة الولد إليه، فإن على الدولة أن تجري على نفقتها هذا الاختبار.

Little v. Streater 452 U.S. 1 (1981).

فإذا تدخل المشرع من خلال الجزاء الجنائي لتجريم بعض أفعالهم، وجب أن يقوم الدليل عليها وفق وسائل قانونية لها من معقوليتها ومن تماسكها، ما يبرر تقييد حريتهم للشخصية.^(١)

ومن ثم تطرح هذه الوسائل في مجموعها، نطاق الحقوق التي يملكونها في مواجهة سلطة الاتهام، والتي تتكافأ بها أسلحتهم معها.

وهي حقوق لا يجوز اللزول عنها، أو التفریط فيها، سواء تنطق الأمر بالراشدين من الجناة أو بأحداث جانحين، أو بمن أسلحتهم عامة العقل بعد الجريمة أو قبل ارتكابها. ذلك أن حقوق هؤلاء وهؤلاء -جميعهم متهمون- تتحدد على ضوء ما يعتبر حقاً وعدلاً، ملائماً لأوضاعهم، كافلاً لهم كل ضمانات يقتضيها الفصل في الاتهام إنصافاً.

وحتى بعد إدانتهم بالجريمة، فإن شرط الوسائل القانونية يحدد الطريقة التي ينبغي معاملتهم بها في السجون التي أودعوا فيها، ويبين كذلك قواعد الإخراج عنهم قبل اكتمال مدة عقوبتهم؛ وإن تعين القول بأن الوسائل القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأنهم قبل إدانتهم بالجريمة، تزيد في صرامتها، عن تلك التي يؤخذ بها بعد إثباتها عليهم. ذلك أن حريتهم بينما هي مطلقة في الصورة الأولى Absolute freedom، فإنها مقيدة أو مشروطة في الصورة الثانية Conditional liberty.

٨٣٣- وقد نظرت المحكمة الدستورية العليا إلى الحق في المحاكمة المنصفة من الأوجه الآتي ببيانها:

أولاً: أن هذا الحق مقرر بنص المادة ٦٧ من الدستور^(١). التي ترد في أصلها إلى الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص بأن لكل شخص وجهت إليه تهمة جنائية، الحق في أن تقرض براءته، إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر لها كل ضمانات ضرورية لدفاعه.

وتتفرع هذه القاعدة كذلك عن المادة العاشرة من هذا الإعلان، التي تنص بأن لكل شخص حقاً مكتسباً، ومتكافئاً مع غيره، في محاكمة علنية ومنصفة، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه.

(١) تنص المادة ٦٧ من الدستور على أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ثانياً: أن نص المادة ٦٧ من الدستور يبلور قاعدة استقرار العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية. ومفترضها في نطاق الإتهام الجنائي، أن يكون هذا الإتهام محرفاً بالتهمة، محدداً طبيعتها، مفصلاً أدلتها، وكافة العناصر التي ترتبط بها، وعلى أن يكون الفصل في هذا الإتهام واقعاً خلال مدة معقولة، وعن طريق محكمة تتوافر لها - من خلال تشكيلها وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، بما في ذلك علانية جلساتها - ضمانات استقلالها وحيثتها، والأسس الموضوعية التي تقوم بها على وظيفتها.

وتختلف هذه المحاكمة المنصفة عن المحاكمة غير للقانونية ذلك أن الأخيرة هي التي حدد القانون عناصرها أو شرائطها قبل إتيان الجريمة. ولو جاز أن يحدد المشرع بمطلق إرادته هذه العناصر وتلك الشروط، لصار لغوا أن يتقيد المشرع بضوابط فرضها الدستور في شأن محاكمة المتهمين كتلك المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور^(١).

ومن ثم لم تعط المحكمة الدستورية لعلها وزناً لعبارة "المحاكمة القانونية" الواردة في هذه المادة، ولبناتها بعبارة "المحاكمة المنصفة" Pair Trial على تقدير أن هذه المحاكمة - بشرائطها المعمول بها في الدول الديمقراطية - هي التي يعطيها الدستور.

ثالثاً: لا يجوز أن تدعى المحكمة متهماً إلا من خلال تحقيق تجربة بنفسها، وعلى ضوء الأدلة التي تتعلق بها الأوراق، والتي لها من تماسكها ما يؤيد انتفاء كل شك معقول في مجال التكتليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم بارتكابها.

رابعاً: تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضمائلاته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم للمتحضرة بحزمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية، ولضمان أن تتقيد الدولة عدد مباشرتها لسلطاتها في مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الاجتماعي بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية التي يذاهبها أن يدان المتهم بالمخالفة للحد الأدنى من حقوقه التي تكفلها قواعد إجرائية تؤثر في المحصلة النهائية للدعوى الجنائية، ويندرج تحتها لفترض البراءة كقاعدة أولية توجبها لظفرة، وتقتضيها طبيعتها الأشياء. ويظل هذا الافتراض قرين تلك الدعوى في كافة مراحلها لا يتخلف عنها إلى أن

(١) تنص المادة ٦٧ من دستور مضي على أن تفترض براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته في محاكمة قانونية تتوافر له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ينتقض بحكم بات على ضوء أدلة الثبوت التي قدمتها النيابة في شأن الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بدويعه إذا كان مطلباً فيها.

وبغير ذلك لا يندم أصل البراءة، إذ هو من الركاكز التي أكرتها النظم القانونية جميعها، لا لتكفل بموجبه حماية المذنبين، وإنما لتفرد عن المتهمين، كل شبهة تفكر إلى أساسها.

ومن ثم يعكس هذا الافتراض قاعدة مبتدئة تحيط بكل فرد -سواء قبل المحاكمة أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها- فلا يزحزح مجرد الاتهام أصل البراءة. إذ هو قاعدة مستعصية على الجدل، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولاً لإدارة العدالة الجنائية، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، ولتوفير الأمن لكل فرد من خالائها، في مواجهة التحكم والسيطرة والتعامل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل، وبما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية يقيمها بالمجازاة للملحق .

خامساً: أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه -يقترب دائماً من الناحية الدستورية- ولضمان فعاليته -بوسائل إجرائية إلزامية وثيقة الصلة بحق الدفاع- من بينها حق المتهم في مواجهة الشهود الذين قدمت النيابة العامة إثباتاً للجريمة، والحق في نقبها من خلال شهود أو دلائل يطرحها.

سادساً: أن وقوع المحاكمة خلال مدة معقولة، وكذلك علنية جلساتها، وحيدة قضائتها واستقلالهم، جميعها فرائض دستورية لا يجوز الإخلال بها، وتقتضيها الحقوق التي يملكها المتهم في إطار الوسائل القانونية السليمة، وإلا صار الحكم الصادر ضده باطلاً.

٨٣٤- بيد أن بيان المحكمة الدستورية العليا لحقوق المتهم في مواجهة الاتهام الجنائي، لا تنحصر في تلك التي حددتها؛ ولا في أصل البراءة كقاعدة توجيهها للقطر، ويستحيل ههما بغير حكم صار باتاً. وإنما توجد إلى جانبها -وكشرط لتحقيق مفهوم المحاكمة المنصفة- حقوق تكامل معها وتنفها.

ومن مجموع هذه الحقوق تتوافر للمحاكمة المنصفة، ركائزها وضوابطها في حدها

الأنشئ^(١).

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

(١) انظر لمي ذلك "مسورية عليا" لقضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مسورية" -قاعدة رقم ١٧- جلسة ١٩٩٤/٧/١٢ -ص ١٥٤ وما بعدها من الجزء الخامس؛ ولقضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مسورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤-قاعدة رقم ١٠- ص ٢٥٨ وما بعدها من الجزء الخامس؛ وللقضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "مسورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٣-ص ٦٨٦ وما بعدها من الجزء الخامس؛ وللقضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية "مسورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٤- ص ٧١٦ من الجزء الخامس.

المبحث الثانيالحق في محاكمة سريعةThe Right to a speedy TrialLe droit d'être jugé dans un délai raisonnable

٨٣٥- يعتبر الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الجوهرية التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة^(١). وهو ليس كغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور لحماية المتهم. ويفسر ذلك بأن هذا الحق من الحقوق الأساسية التي لا يجوز معها لسلطة الاتهام أن تؤجل بغير مبرر محقول توجيهها الاتهام إلى المتهم رغم اعتراض المتهم على التأجيل ولو كان المتهم قد أطلق سراحه^(٢) ذلك أن تأجيل اتهامه يعرضه للاحتجاز العام، وقد يحرمه من فرص العمل. وهو يعوق كذلك مباشرته لحرية التعبير والاجتماع والإسهام في الفصل العام. وحتى إذا اتهم وظل الاتهام مطلقاً أمداً طويلة، انتابه القلق وصار مضطرباً، وقد يفقد شهوده، أو يتطرق لوهن إلى ذكرتهم.

ومن ثم يكفل هذا الحق، مصلحة المتهم ليس فقط في ألا يبقى قبل المحاكمة مهدة حريته بغير مبرر، وإنما يتوخا كذلك التقليل من المخاطر التي تنجم عن بطء المحاكمة بصورة ملحوظة، تتدثر معها آثار الجريمة، وتتضائل بسببها فرص الدفاع للملايين نظروها، ويزداد معها عدد القضايا التي تأخر الفصل فيها بغير منطق بما يضر بالتقاع التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها، ويوفر لبعض المتهمين فرص الضغط على النيابة واستغلالها من أجل الإقرار بجريمة عقوبتها لكل من عقوبة الجريمة محل الاتهام.

ولئن كان هذا الحق ولقما في نطاق الحقوق التي تتوخى معاملة المتهمين إنصافاً وبطريقة ملائمة، إلا أن الحق في المحاكمة السريعة يزيد عليها في ارتكازه على مصلحة للجماعة تستقل عن مصلحة المتهم وقد تتعارضها.

Separate from and at times in opposition to the interests of the accused.

وكثيراً ما يفرج عنهم حتى يتم الفصل نهائياً في الاتهام، بما يخولهم الولوغ في جرائم أشد في وطأتها وأشد في فتكها. فضلاً عن أن إطلاق سراح المتهم يزيد من احتمال اختفائه

(١) أخذ هذا الحق من نص في وثيقة الملاجئ كارتا Magna Carta. وقد ورد كذلك في إعلان فرجينيا للحقوق لعام ١٧٧٦، ونقل من هذا الإعلان إلى التحدي السادس للدستور الأمريكي.

(٢) United States v. Ewell, 383 U.S. 116 (1966). See also, Beaudoin, G.A. et W.S. Tranopolsky, Charte Canadienne des Droits et Libertés, les éditions Wilson et Lafleur, 1982, p.462; Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

بصفة نهائية. كذلك فإن طول الفترة الزمنية التي يقضونها فيما بين القبض عليهم وإدانتهم، تجعل عملية إعادة تأهيلهم من الصعوبة بمكان بعد أن أضر الاتهام بهم نفسياً ومالياً واجتماعياً.

لذا لم يفرج عن المتهم بكفالة، ظل محتجزاً في السجون التي تنكس بنزلاتها وبعايشون جميعهم ظروفاً صحية ونفسية قاسية تؤثر بالضرورة في قيمهم وتوجهاتهم الإنسانية، فلا يكونون غير أشقياء بالنظر إلى الأوضاع التي يتكفونها، والتي لا يعودون بسببها إلى الحياة أسوأ.

كذلك فإن لاحتجاز المتهمين الذين يترصدون الفصل في الاتهام، تكلفة عالية من الناحية المالية، سواء في ذلك تلك التي تكفيها للدولة في مجال ضمان الحد الأدنى من الشروط اللازمة لإدارة السجون، أو على صعيد الإعالة التي تقدمها بعض النظم لأمر المتهمين الذين حرما من عائلهم الملقى وراء القضبان^(١).

وتظهر كذلك فروق المغايرة بين الحق في محاكمة سريعة، وغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور للمتهمين، في أن بطء المحاكمة قد يصل لصالح المتهم. ذلك أن المحامين كثيراً ما يناوون من أجل تطويل إجراءاتها حتى تنفذ النيابة اتصالها بشهودها، أو حتى يصيبهم وهن في ذكراهم Défaillance de la mémoire des témoins بالنظر إلى طول الفترة بين وقوع الجريمة والفصل في نسبتها إلى المتهم بارتكابها، خاصة وأن النيابة هي التي عليها إثباتها.

وإذا كان حرمان المتهمين من تمثيلهم بمحاميين عنهم أو حملهم على الإدلاء بشهادة يرفضونها، يعتبر -ولمجرد هذا الحرمان أو الحمل- إضراراً بهم؛ إلا أن الإخلال بالحق في محاكمة سريعة، قد لا يوفر لهم فرص الدفاع عن أنفسهم.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن هذا الحق، من المفاهيم التي يكتنفها الغموض بالنظر إلى تعذر تحديد اللحظة الزمنية التي يتحقق فيها الإخلال بذلك الحق بصورة يقينية.

وحتى بعد تحديد هذه اللحظة، فإن تجاوزها مؤداه ضرورة إسقاط التهمة. وتلك نتيجة خطيرة من أثرها إطلاق سراح للمجرمين، ولو كانوا من عتاتهم.

وعلى ضوء هذه المخاطر جميعها يتعين القول بأمرين:

(١) Baker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 389 U.S. 30 (1970).

أولهما: أن الحق في محاكمة سريعة، مؤداة توقيتها بزمان محدود، لا إطلاق لإجراءاتها
بغير حدود منطقية من عامل الزمن.

ثانيهما: أن الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة، يفترض أن يكون المتهم قد طلبها
كشرط للقول بمجاوزة مدتها حدود الاعتقال. فإن لم يكن قد طلبها، اعتبر ذلك نزولاً اختيارياً
عنها، وإن تعين القول بأن إرادة النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور لا يفترض، وأن علي
المحكمة أن تأخذ بكل قرينة منطقية تناهض هذا النزول. ذلك أن المتهم كثيراً ما يضار من
المحاكمة التي يستطيل زمنها، خاصة إذا كان قد حبس احتياطياً مدة طويلة قبل بدئها^(١).

٨٣٦- ويتعين دوماً أن يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة وإن كان مشوباً بالغموض،
بالنظر إلى تعذر تحديد المدة التي لا يجوز أن تجاوزها المحاكمة، إلا أن ضمان المحاكمة
السريعة، يظل التزاماً علي النيابة علي تقدير أن مصلحة الجماعة يخل بها كل محاكمة لا
تضبط مدتها في حدود منطقية.

وفي مجال تقدير طول مدة المحاكمة أو قصرها، تأخذ المحكمة في اعتبارها ما إذا كان
محامي المتهم قد طلب وقتاً إضافياً لإعداد دفاعه؛ وما إذا كان قد نهى موكله إلى حقه في
الاعتراض علي المحاكمة التي استطلأ أجلها؛ وما إذا كان المتهم قد مثل أمام المحكمة بغير
محام؛ وما إذا كان اعتراض المتهم علي طول إجراءاتها، قد قرع سمعها علي وجه الجزم؛ أم
أن هذا الاعتراض كان شكلياً *Pro forma objection*. ويتعين علي النيابة أن تقيم الدليل بنفسها
علي أن نزول المتهم عن الاعتراض علي طول محاكمته، كان إرادياً، قلما علي العلم بالحق
في محاكمة سريعة، وبإبعاد هذا الحق. ذلك أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق المنفردة،
سواء في مجال تحديد زمنها، أو علي ضوء أوضاع المحاكمة وظروفها التي تشي بما إذا كان
المتهم قد نزل عند هذا الحق أو تمسك به.

٨٣٧- ويتعين بالتالي في مجال تقرير طول المحاكمة، أن يكون امتدادها في الزمن
مقصوداً أو عدوانياً *Purposeful or aggressive* وأن ينظر إلى سلوك كل من النيابة والمتهم
بشائنها علي ضوء كل حالة علي حدة *An ad hoc basis*. فلا نقر أن المتهم، قد حرم من
الحق في محاكمة سريعة إلا علي ضوء عدد من العوامل أهمها طول مدة تأخرها، وسببه،
ودرجة إصرار المتهم علي هذا الحق، وقدر ما أصابه من ضرر من جراء إهداره. وليس من
المفترض أن يقيم المتهم الدليل على وقوع هذا الضرر.

(١) *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Smith v. Hooy*, 393 U.S. 374 (1969).

وما لم يكن ثمة تأخير يفترض فيه الإضرار بالمتهم، فلا وجه للخوض في توازن العوامل الأخرى التي تدخلها في ميزان ضمان أو إهدار الحق في محاكمة سريعة، علي أن يكون مفهوماً أن المدة الطويلة بالنسبة إلى جريمة عادية، لا تعتبر كذلك في جريمة معقدة، متداخلة العناصر، يحتاج إعداد النيابة لأدلتها بشأنها، إلى مدة أطول.

٨٣٨- وكلما كان طول المحاكمة مرده إلى فعل النيابة بقصد إحباط جهود الدفاع، فإنها تكون مسئولة عن تصرفاتها. كذلك فلن إهمال المحكمة الفصل في القضية المطروحة عليها، أو تكتم القضايا المنظورة أمامها، لا يعتبر عذراً يسوغ طول إجراءاتها.

وقد يكون اختفاء شاهد هام في القضية، مبرراً معقولاً لطول فترة نظرها بشرط أن يكون احتمال العثور عليه راجحاً. ويتعين أن يعطي وزن كبير لدرجة إصرار المتهم علي الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة. ذلك أن ترليخيه في ذلك، يجعل من الصعوبة بمكان قبول الإدعاء بإهدار هذا الحق. ويؤخذ دائماً بما لحق المتهم من ضرر، سواء تمثل في احتجازه فترة طويلة من الزمن قبل المحاكمة، أو في تعميق قلقه علي مصيره، أو في عرقلة جهود الدفاع، وعلى الأخص ما تطلق منها بعجزه عن إعداد قضيته نتيجة اختفاء شهود المتهم أو وفاته أثناء محاكمته التي استطلت زمنها. وهو ما يتحقق كذلك إذا تطرق للوهن إلى ذاكرة شهوده، وصاروا غير قادرين علي استعادة واقعة قديمة، ووصلها بالدقة الكافية^(١).

ويظل لفترة احتجاز المتهم السابقة علي تقديمه إلى المحاكمة، أهمية كبيرة. ذلك أن هذا الاحتجاز يعتبر زمناً ضائعاً Dead Time لا يستطيع المتهم فيه جمع أدلته والاتصال بشهوده وإعداد غير ذلك من أوجه دفاعه. وتلك مخاطر جسيمة ينوء بها خاصة إذا قضي ببرامته في النهاية.

وحتى لو لم يحتجز المتهم قبل المحاكمة، فإن القيود التي تفرض أثناءها علي حريته، ومظاهر العداة التي تحيط به، وصور النفور التي تجابهه علي امتداد زمن الفصل في الاتهام، ومعاملته باعتباره من المجرمين اجتماعياً؛ جميعها هموم تحوم حوله ليعتصره القلق.

٨٣٩- ويتعين دائماً أن ينظر إلى الحق في محاكمة سريعة، باعتباره من الحقوق التي كفل الدستور أصلها؛ وأن ينظر في تقدير تولف هذا الحق أو تخلفه، إلى كافة العوامل ذات

(١) Beavers v. Haubert, 198 U.S. 77 (1905).

الصلة؛ كطول الفترة المنقضية بين القبض والمحكمة، ونوع ونطاق الأضرار التي عايشها المتهم من جراء طول إجراءاتها.

ولا يعتبر تأخير النيابة في توجيه الاتهام حتى تتوافر لديها الأدلة التي تكفي للمتهم بها، من قبيل هذه الأضرار. ذلك أن القائلين بلزومها باستكمال أدلتها قبل توجيه التهمة كي لا يتطرق الخلل إليها من جراء الإصرار فيها.

وحتى بعد استكمال النيابة لأدلتها، فإنها قد تؤخر توجيه الاتهام كي تستوفي من حقيقة الصلة بين متهم بعينه، وغيره من الضالعين في الجريمة^(١).

٨٤٠- وعلي ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن الحق في محاكمة سريعة يعتبر أساسياً في كل محاكمة جنائية. وهو يقيد في الدول الفيدرالية سلطاتها الاتحادية ولاياتها. وهو أصل في كل محاكمة منصفة، وضرورية يقتضيها ألا يظل الاتهام الجنائي معلقاً بغير حسم، بالرغم من اعتراض المتهم على بقاء موقفه قلقاً، ومصيره مبهماً، إزاء اتهام قائم بغير حكم يكون ملهياً للخصومة الجنائية، فاصلاً في موضوعها.

ذلك أن إرجاء الفصل في هذا الاتهام آمداً طويلة بغير مسوغ، مؤداه أن تحيط بالمتهم كافة مظاهر الانتباه المشين للسمعة^(٢) وإلى أن ينتهي القلق ويعتصره إزاء اتهام مسلط على مصيره ربحاً طويلاً من الزمن. مع رجحان لاختفاء شهوده، وتحرر الاتصال بهم حال وجودهم، وتطرق الخلل إلى الصورة التي في أذهانهم عن كل واقعة يشهدون بها. وجميعها مضار يفترض تحققها؛ فلا يكون المتهم مكلفاً بإثباتها.

ثانياً: أن سرعة المحاكمة لا تتحدد وفق قواعد جامدة يتم تطبيقها بالغة عمياء. وإنما مرد الأمر فيها إلى أوضاع الخصومة الجنائية، وظروفها التي تحيط بها، وعلى الأخص ما تعلق بخطورة الجريمة المدعى بها، وتعقد عناصرها؛ وعدد الشهود الذين يحتمل ظهورهم للشهادة في موضوعها؛ وما إذا كان لشهادة الغائبين منهم وزن خاص، واحتمال حضورهم راجحاً؛ وما إذا كان إرجاؤها واقعاً في حدود منطقية، يدخل في تقديرها ما إذا كان المتهم مطلق المراح، أو مقيدة حريته.

(١) United States, v. Lovasco, 431 U.S. 783 (1977); Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956); State v. Keefe 17 Wyo 227 (1908).

(٢) Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

ثالثاً: ومما يخل بالحق في سرعة المحاكمة، التكهّل فيها بقصد تسويقها Purposeful. وكذلك كلما كان تعويقها، ملتوياً فلتما على الخداع والتخالّ Opressive بقصد إرهاب المتهم بإجراءاتها. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان إرجاء الفصل في الاتهام، مبداء أعذار واهية أو مفتعلة يكتنّبها ولقع الحال، أو ليس لها من نفسها ما يقيّمها على الحق. وكان منطقياً بالتالي، أن يفترض في كل محاكمة تستطيل إجراءاتها، إضرارها بالمتهم وتقويضها جوهر الحقوق التي يملكها وفقاً للدستور، وأن تكون النية العامة هي المكلفة بتقديم الدليل على أن تأخيرها كان لعذر مقبول^(١).

رابعاً: ويعتبر نزولاً من المتهم عن الحق في محاكمة سريعة، طلبه إرجاء الفصل في الاتهام لعذر أبده، أو موافقته ضمناً على طلب النيابة العامة تأخير هذا الفصل. إذ ليس لأحد أن ينقض بيده ما تم من جهته، ولا أن يدعى تضرره من إجراء كان بوسعه الاعتراض عليه، لو كان مذهباً لمصلحته. وعلى المتهم بالتالي أن يتسّمك بسرعة محاكمته. فإن لم يفعل، أو يتخذ موقفاً يدل على إصراره عليها، كان ذلك قبولاً ببطئها. ولئن جاز القول بأن المتهم قد يباشر أثناء محاكمته سلوكاً يدل على قبوله بتراخيها، إلا أن على القاضي أن يستخلص من الأوراق كل قرينة معقولة تناهض نزوله طواعية عن الحق في محاكمة سريعة.

ذلك أن للنزول عن الحقوق جميعها -على الأخص تلك التي يكفلها الدستور- لا يؤخذ تمسكاً ولا يصار إليه لفتلاً. بل يتعين في هذا النزول -أن يكون واضحاً، ومقصوداً. وما للنزول عن الحق، غير إسقاط له، فلا يفترض، بل تقوم القرينة على نقيضه، ما لم يظهر عكسها من الأوراق بدليل جازم لا يحتمل التأويل.

خامساً: وسواء تعلّق تأخير الفصل في الاتهام الجنائي، بتراخي النيابة العامة في عرض أدلتها؛ أو بتقصيرها في مواجهة الدفاع بشهودها؛ أو بتسويقها في تقديم الدليل على تكامل أركان الجريمة التي تدعيها؛ أم كان تأخير الفصل في هذا الاتهام راجعاً إلى المحكمة ذاتها من خلال إيقانها الاتهام مطلقاً بغير حكم يصدر عنها؛ فإن التأخير في هذه الصور جميعها، يعتبر مطلقاً غير مقبول من الناحية الدستورية، يصم المحاكمة ذاتها بالبطلان.

سادساً: ويتعين في كل حال ألا يكون تأخير الفصل في الاتهام عرضياً. وهو يكون كذلك إذا كان مبرراً بأوضاع يشهد بها حال الجريمة من جهة تعدها، أو تنوع أدلتها، أو

(١) يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الأساسية التي تحتفظ بها لمواطنينا. وقد تدخل الكونجرس الأمريكي بقتون لتقليد هذا الحق المقرر في التحديد السادس للدستور الأمريكي.

طبيعة الخبرة العملية التي نديتها المحكمة لتجنيها برأيها على فحص العناصر الفنية في الجريمة، أو لتطويل مسرحها، أو لحل عقبتها، أو لإظهار مزيد من ألفتها التي حاول الجناة إخفاؤها. فذلك كله لا يشي بأن تأخير الفصل في الاتهام كان مقصوداً، إذ هو أوفق اتصالاً بالجريمة من جهة تحريها في كافة ظروفها، وما أحاط بها من أوضاع.

سابعاً: وكما ترأى الفصل في الاتهام الجنائي بغير مسوغ، يدل هذا التراخي على إعراض المحكمة عن واجبها في الفصل في الخصومة الجنائية المطروحة عليها خلال مدة معقولة - وعلى الأخص إذا قام الدليل لديها على أن الشهود الذين يثبتون التهمة أو يفلونها، لن يكون بوسعهم الحضور خلال زمن معقول - وجب عليها الإخراج فوراً عن المتهم. ولا يجوز بعد هذا الإخراج محاكمته مرة ثانية عن الجريمة ذاتها^(١).

ثامناً: أن بطء المحاكمة لغير مسوغ، يمثّل في أثره اختزال منتهى دون ضرورة. ذلك أن تعجيل إجراءاتها، أو تطويلها، كلاهما يناقض الدستور إذا أخل بالحق في محاكمة منصفة، فلا تكون المحاكمة المتدفعة ولا المترخية، مطلوبة. وإنما اعتدال منتهى هو الضمان لإنصافها من خلال الفرص المتكافئة التي تعد النيابة من خلالها قضيتها خلال فترة معقولة، وبما يوفر للدفاع الفرص ذاتها التي يولجها بها الاتهام بكل الوسائل القانونية التي يملكها، لتكون للكتان متوازيتين في الحقوق التي تدار العدالة الجنائية من خلالها، ووفق مقاييسها الأكثر تحضراً وصرامة^(٢).

(١) Struck v. United States, 412 U.S. 434 (1973).

(٢) يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة لا ينشأ إلا إذا اتهم الشخص جنائياً، United States v. Marion, 404 U.S. 307 (1971) إلا أن القضاء دوجلاس ومارشال ويرلان خاطبوا ذلك للكين بأن الحق في محاكمة سريعة ينطبق كذلك على فترة ما قبل المحاكمة Pre-Trial indictment delays بطيئه على كل تأخير يقع بعد المحاكمة Post-indictment delays.

المبحث الثالث

الحق في محاكمة علنية

The Right to a Public Trial

Le droit à un procès public

٨٤١- تتوخى هذه العلائية أن تكبر المحكمة جلساتها، وتباشر إجراءاتها، وتتخذ للتدابير اللازمة لضبط نظامها، أمام هؤلاء الذين يرتادون قاعاتها بقدر اتساعها، ويرقبون قضائها في كيفية تعاملهم مع المتهمين، والطريقة التي يتناولون بها القضية المطروحة عليهم، وتعليماتهم إلى هيئة المحلفين، ونطاق إحاطتهم بالتهمة التي يفصلون فيها، والحقوق التي يكفلونها لكل من النيابة ومتهمها، ويوجه عام الكيفية التي يديرون بها العدالة الجنائية لضمان تحقيق متطلباتها، وجوهرها أن يفصل بطريقة منصفة في كل اتهام^(١).

٨٤٢- ومن شأن علانية المحاكمة، أن تكون جلساتها مفتوحة للكافة فلا يرد عنها دهماء تقتحمهم العين وترديهم، ولا يؤثر الوجهاء بها تبجيلاً لهم وتواضعاً لمكانتهم^(٢).

ولعل أكثر المسائل إثارة للجدل في شأن علانية المحاكمة، هي التي تتعلق بما إذا كان للصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، حق في النفاذ إلى جلساتها لنقل ما يدور فيها إلى القراء أو الناظرين. خاصة على ضوء المهام الخطيرة التي تتولاها وسائل الإعلام جميعها، والتي تؤثر في وجهة من يتلقون معلوماتهم عنها، ويندفعون إلى القبول بآرائها دون تقييم لها.

فقد تصور هذه الوسائل المتهمين وكأنهم رمز الخطيئة وبؤرة العصيان والتمرد على القيم الاجتماعية. وكثيراً ما تظهر للجريمة التي اتهموا بها في غير صورتها الحقيقية، ويقدّر كبير من الإثارة والتحويل. واهتمامها بضحايا الجريمة، أكثر من اهتمامها بأوضاع المتهمين وظروفهم. وتعتمد أحياناً إلى تحطيمهم من خلال عرضها لجرائمهم القديمة، وربطها بوقائعهم القانم. فلا تكون سوابقهم هذه غير نذير شوم يحد مصائرهم سلفاً، ويعطي الانطباع بأنهم من غلة المجرمين، وأن كافة جرائمهم تكلور عقيدة إجرامية متصلة حلقاتها، متعددة جوابها.

فإذا كان المتهم معروفاً من قبل لوسائل الإعلام بالنظر إلى جرائم خطيرة سابقة ارتكبتها، وكان لها أثر كبير في شهرته؛ فإن تناولها لمسيرته يركز على جوانبها التي تثير

(١) يرتد هذا الحق إلى القانون العام في إنجلترا. ومن الناحية التقنيّة، فإن الإتجاه العام في النظم الأجنبي-سكسونية هو النظر بالترتيب واحتراق إلى المحاكمات السرية التي درجت عليها النظم الأسبانية للتقنية Spanish Inquisition وهو ما يهدد الحرية.

(٢) In re Oliver, 333 U.S. 257, 266- 70 (1948).

حفيظة الجمهور. فلا تكون معالجتها للجريمة الجديدة وعرضها لها غير نيران تزججها، وتثير بها نغمة من يقرعون أخبار الجريمة أو يشهدون وقائعها وجناتها، خاصة بعد وصفها الجناة بالدهاء والتحايل وبالقدرة على التوصل من مسؤوليتهم عن الجريمة، وإلقاء تبعاتها على آخرين.

وقد ترد وسائل الإعلام أقوال المتهم في الجرائم السابقة، وتربط بينها وبين الجريمة الجديدة، لتقيم من مجموعها دليلا على سوء خلقه وعتو إجرامه. فلا تكون المحاكمة الجديدة، غير تعبير عن التغطية الإعلامية التي تضر بمركزه ومجرد شكلية فارغ مضمونها. A hollow formality بعد أن أصدر القوغاء حكمهم في الجريمة، واعتبروا فاعلها هو من اعتبر كذلك أمام الكاميرا.

وإذا تدنيت المحكمة أو هيئة المحلفين المتهم -لا بناء على أدلة ناقشتها ومحصنتها- وإنما على ضوء أجواء لوثتها وسائل الإعلام في شأن المتهم؛ ونقلتها إلى أذهان المحلفين ملبدة بها الطريقة التي يفكرون بها من جهة تشويهها لصورة المتهم، فإن قرار هيئة المحلفين لا يكون محايدا، بما يناقض الوسائل القانونية السليمة التي تأتي أن تكون مصائر الناس ملقطة على غير أفعالها، ولا تدنيت متهمها بناء على صورة رسمتها وسائل الإعلام للجريمة المدعى ارتكابه لها ولا على ضوء جرائم سابقة سوء أدبين عنها أو لم يقد دليل عليها.

ولئن صح القول بأن هيئة المحلفين التي يولم تشكيلها للفرانس الدستورية، هي الهيئة المحايدة في وجهتها، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون ذهنها خاليا تماما من أية أفكار عن الجريمة قبل أن تناقش أدلتها وتديرها على حكم العقل. وإنما حسبها أن تتحي جانباً عن ذهنها كل انطباع سابق عن الجريمة، وأن تعرض لأدلتها. بما يفيد فهمها لها وتسمي حقائقها، وتقدير أثرها، ومقابلتها ببعض، ووزنها بطريقة موضوعية لا ميل فيها.

ويظل دائما من حق المتهم ومحاميه التنازل على أن قرار المحكمة أو هيئة المحلفين بإدائته، ما صدر عنها إلا على ضوء الأفكار السابقة التي تلقنتها عن الجريمة، مما حور من عقيدتها، وألهمها هذا القرار^(١).

٨٤٣- ولا تزال أصلا تلك القاعدة التي تخول المحكمة حق إخضاع وسائل الإعلام لرقابتها التي تتوخى بها ضبط إيقاع جلساتها، وأن يركز القضاة والمحلفون اهتمامهم على واقعة الاتهام وأدلتها، وأن تدار العدالة الجنائية وفق متطلباتها، التي لا يجوز أن تسمو عليها لا الوظيفة التعليمية أو الانتقادية التي تقوم عليها وسائل الإعلام، ولا واجبها في نقل كل واقعة

(١) Murphy v. Florida, 421 U.S. 794 (1975).

تتعلق بالجريمة إلى الناس كلفة. ذلك أن حق المتهم في محاكمة منصفة تتوافر لها ضوابطها وفق الدستور، مقدم على حريتها في العمل.

ولئن جاز القول بأن الدستور لا يفرض على الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام حظرا كاملا يمنعا به من عرض كل وقعة تناولتها النيابة أو الدفاع، وأن تنقلها إلى الكافة تبصيرا بها؛ وكان من المقرر كذلك أن التغطية الإعلامية للريضة الاتساع، لها مخاطرها على هيئة المحلفين وكذلك على قضاء الجريمة، وأنها تحمل في ثناياها أحيانا شبهة الفصل في الجريمة على ضوء انطباع لا يتصل بأدلتها؛ إلا أن هذه المخاطر هي التي يتعين أن تنتظر المحكمة إليها بعين بقطعة، وأن تنفعها بكل قوة لضمان حق كل متهم في ألا يفصل في التهمة الموجهة ضده إلا على ضوء أدلتها ونصوص القانون التي تحكمها دون غيرها.

وليس ثمة مبرر بالتالي للحظر المطلق على التغطية الإعلامية للجريمة، حتى مع صحة القول بأن لهذه التغطية مخاطرها بالنظر إلى أثرها على المحلفين والقضاء الذين صاروا بسببها موجهين بعوامل خارجية لا صلة لها بالجريمة في ذاتها، ولا بأدلتها. ذلك أن هذه المخاطر لا تتحقق من جهة في كافة القضايا الجنائية؛ وإنما تتوافر في أكثرها استتارة لاهتمام الجمهور سواء بالنظر إلى وحشيته أو إلى دنايتها وانحطاطها خلقياً ولجتماعياً. وبظل لكل من المتهم ومحاميه، حق كامل وأصيل في التكتيل على أثرها على القضاء والمحلفين، وفي توافر الشروط التي يتطلبها الدستور في المحاكمة المنصفة.

ولا محل بالتالي لتقرير حظر كامل على التغطية الإعلامية، ما لم يقدّم الدليل على أنها في كل أحوالها، وكافة صورها، تؤثر بصورة موحدة لا مغايرة فيها في عقل المتهمين، والمحامين، والقضاة، والمحلفين، والشهود، وسلطة الاتهام، وأنها تحور كذلك من سلوكهم، لتصرفهم جميعاً عن النظر إلى الجريمة وأدلتها، بما يخل بضوابط الحيطة التي يتعين أن يتحلى القضاء والمحلفون بها. وهو ما لا دليل عليه حتى في الجرائم العاطفية التي تثير اهتماماً عريضاً بين الناس، خاصة بد تطور وسائل الإعلام على نحو أتاح لها نقل ما يدور في المحكمة في غير جلبة، ودون أضواء مبهرة، وبطريقة متكئة، فلا تزدحم جلسات المحكمة برجال الصحافة وأدواتهم التي كانوا يشقون بها من قبل انتباه شهود الجريمة، وللقائمين من رجال القانون بتحقيقها، والقضاة والمحلفين الذين يفصلون فيها.

٨٤٤- واليوم تحرص المحاكم جميعها، على الحد من مخاطر التغطية الإعلامية في مجال الحماية التي توفرها لشهود الجريمة -من الأطفال وضحايا الجرائم الجنسية- وكذلك

الشهود الذين يمقتون الأضواء، ويصيبهم التوتر أو الفزع من نقل تفاصيل الجريمة وأحداثها من خلال الكاميرا.

٨٤٥- وحتى يتحقق التوازن بين التغطية الإعلامية الشاملة وبين حق المتهم في منعه، فإن سماع المحكمة لأقواله بالاعتراض عليها وتحققها، يكون واجباً.

وعليها بالتالي أن تسجل أوجه الاعتراض هذه في محاضر جلساتها، وأن تعطيلها حقها من التحليل، لتحد بحذو من المخاطر التي يتوقعها أو لتتنبها. إذ ليس ثمة دليل قطعي على أن مجرد وجود وسائل الإعلام في جلسات المحكمة، يخل بالضرورة بحيثتها. ويتعين بالتالي النظر في كل حالة على حدة على ضوء حقيقة فرضها الدستور، حاصلها أن الجور المحوط بالمحكمة من خلال التغطية الإعلامية، لا يجوز بحال أن يصرلها عن حيثتها، ولا أن يخل بانتهاها ويقتلها، وأن التغطية الإعلامية -في ذاتها- لا تتلفض الوسائل القانونية السلمية، ولا تدخل بالضرورة بمتطلباتها^(١).

وينبغي من ثم النظر إلى الحق في محاكمة مفتوحة، باعتباره حقاً لكل من المتهمين والجمهور؛ وأن تسلم كذلك بأن وجود الصحافة والمراقبين المحايدين الذين يلحظون أو ينقلون ما يدور في جلساتها، بكل معرفة وإعلان الطريقة التي تتعامل المحكمة بها مع القضية التي تنظرها، وأن حق المتهم في محاكمة منصفة، لا يقل شأنًا عن حق الصحافة في مباشرة مهامها، والتعبير عن رسائلها التي تنقلها إلى الجمهور^(٢).

٨٤٦- وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن علنية المحاكمة لازمة ألا يرد الجمهور عنها، وأن تكون قاعاتها مفتوحة للناس جميعهم بقدر إمساها. ذلك أن الأفراد جميعهم متكافئون في هذه الضمانة التي يتمتعون بها بناء على نص في الدستور؛ وبوصفها جزءاً لا يتجزأ من الوسائل القانونية السلمية. ويدونها يبطل الحكم الصادر فيها، ولأنها في حقيقتها ضمان لمراقبة قضاء المحكمة في عملهم ونصرفاتهم، وعلى الأخص في طريقة تعاملهم مع المتهمين والشهود، وإدارتهم جلساتها، وقدر تقيدهم بالحدود التي يقتضيها ضبطها، ومدى كفائتهم للفرص التي يمولونها للمتلزعين لملها.

وصار أصلاً حضور الجمهور جلساتها، ويصرهم بما يدور فيها، وإحاطتهم بوقائعها؛ حتى لا تكون سريتها بدلاً عن إعلانها؛ ولأن وقوعها وراء جدران مغلقة يجهل بها ويحيطها

(١) Chandler v. Florida, 449 U.S. 560 (1981).

(٢) Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1 (1986); Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965); Globe Newspaper Co v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).

بالغموض، ويتوض حقوق المتهمين والمدعين. ولا يجوز بالتالي جعل جلساتها سرية إلا في أضيق الحدود، ولصون قيم عليا^(١). Higher narrowly tailored values.

ويحظر كذلك التمييز بين المواطنين في مجال حضور جلساتها. فلا يشهدا فريق من بينهم دون غيره، ولا في زمن من وقتها دون آخر، ولا ترد الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام عنها من خلال قيود ترهق أداءها لرسالتها دون مقتض.

ويقدر نهوض الصحافة بمسئوليتها من خلال رصد ما لكل واقعة في المحكمة تدخل في اهتمام قرائها، ولا تلونها بما يؤثر في عقيدة المحكمة، فلاها تكمل دور الجمهور في مراقبتها، وتحصلها على أن تدير جلساتها على نحو يحقق للعدالة أعلي مراميها وأرقى قيمها.

وتعين بالتالي النظر في سرية الجلسة وحرمان الجمهور والصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من دخولها، وذلك على ضوء اعتبارين يشهد بهما تحقيق خاص تجريه المحكمة بنفسها لتقرر سرية الجلسة أو فتحها.

أولهما: ما إذا كان راجحاً بصفة جوهرية أن يضار حق المتهم في المحاكمة المنصفة إذا قررت المحكمة علانية جلساتها؛ وأن قتلها لضمان سرية ما يدور منها، يقلل من مخاطر العلانية أو يمنعها.

ثانيهما: ما إذا توافرت بدلائل منطقية يستعاض بها عن سرية الجلسة، وتكفل بطريقة ملائمة، حق المتهم في المحاكمة المنصفة^(٢).

There must be "specific findings" demonstrating first that there is a substantial probability that the defendant's right to a fair will be prejudiced by publicity that closure would prevent, and second that reasonable alternatives to closure, cannot adequately protect the defendant's fair trial rights.

٨٤٧- على أن علنية المحاكمة وضبط نظام جلساتها، أمران متلازمان. فالذين يثيرون اضطراباً في الجلسة، أو يعوقون إدارة العدالة علي وجه آخر، لا حق لهم في حضورها^(٣).

وإذا كان موضوع الاتهام خلقياً، جاز إبعاد الإحداث عنها. ويجوز في كل حال إبعاد الخطرين عن المحاكمة، لأن الشهود قد يفرعون من مجرد وجودهم.

(١) Press- Enterprise Co. Superior Court, 464 U.S. 501, 510(1984) (Press- Enterprise 1).

(٢) Press- Enterprise Co Superior Court, 478 U.S. 1 (1986).

(٣) Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976); Walter v. Georgia, 467 U.S. 39 (1984).

وقد تخطى المحكمة قاعاتها من بعض الحاضرين، إذا كان ذلك ضرورياً لتمكين الشهود أو المتهمين من الإدلاء بقولهم. وقد تزدحم القاعة بما يزيد على طاقتها، فلا يكون تنظيمها إهداراً للحق في محاكمة مفتوحة، بل إجراء ضرورياً.

وما لم تقرر المحكمة بنفسها جعل جلساتها سرية صواباً للنظام العام أو لحرمة للقيم الخلقية؛ فإن حرمان أشخاص بذواتهم -ولو بصفة مؤقتة- من حضور جلساتها دون مبرر معقول -كإثارتهم جلبه فيها- يكون محظوراً، والتنزع في منعهم بأنهم قد يخرجون الشهود، ليس إلغواً.

ولأن اقتراب المتهم يشدون أزره بمجرد وقفهم إلى جانبها، فإن حرمانهم من دخول قاعة المحكمة، لا يكون مبرراً.

٨٤٨- ويفترض في كل محاكمة مغلقة، إضرارها بالمتهم وتقويضها لحقوقه، وعلى الأخص إذا تقرر حرمان محاميه وأسرته وأقربائه، من حضور جلساتها.

وتعتبر المحاكمة مخالفة للدستور، إذا أمر قضائها -دون مقتضى- بإخلاء القاعة من الحاضرين، ولو لم يترتب عليهم على هذا الأمر. وكل قرار يصدر عن المحكمة بسرية جلساتها، يفيد بالضرورة حظر دخول وسائل الإعلام لقاعاتها، وجهها بالتالي عن الاتصال بها. ذلك أن سرية جلساتها لازمها منعها من حضورها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

المبحث الرابع

دور المحامين في الدعوى الجنائية

٨٤٩- إسهام المحامين في الخصومة الجنائية، ليس إجراء شكلياً. وإنما يبلور في حقيقته تلك المعونة التي يقدمونها لموكليهم على وجه يكتفئ فعاليتها^(١). ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تتدخل بوسائلها لمنعهم من إدارة الدفاع بالطريقة التي يرونها، ولا إجهاض قراراتهم التي يتخذونها استقلالاً عنها، أو للتأثير فيها^(٢).

والمحامون أنفسهم قد يخلون بواجبهم في تقديم العون النعال لموكليهم. فقد يمثلون مصالح متعارضة، أو يهملون في أداء واجبهم. فلا يتابعون بعين نقطة مسار الخصومة الجنائية ومفاجاتها.

وكما كان دفاعهم معيباً بأن كان ملطوياً على أخطاء جسيمة لا تستقيم بها المحاكمة المنصفة، ولا يمكن الاطمئنان معها إلى نتيحتها، فإن كل حكم يدين موكليهم بالجريمة، يتعين أن ينقض.

ذلك لكل مهنة متطلباتها ومستوياتها. شأن مهنة المحاماة في ذلك، شأن غيرها من المهن في اقتضاها ممن يباشرونها أن يبذلوا جهداً معقولاً يدل على قدرتهم على مواجهة الاتهام بالجريمة، لا من منظور أكثر المحامين خبرة وفهماً بدقائق علم القانون، وإنما على ضوء أوساطهم الذين يديرون المهنة وفق مستوياتها للمنطقة القائمة التي تلزمهم الحرس على مصالح موكليهم، والدفاع عنهم بالهمة الكافية، وإحاطتهم بكل تطور مؤثر في الخصومة الجنائية، وأخذ رأيهم في كل قرار يتصل بإدارة الدفاع عنهم، متخذين من مهارتهم ومعلوماتهم طريقاً إلى تحقيق الأغراض التي يستهدفها النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، والتي تتمثل في أن تكون نتيجة الفصل في الخصومة الجنائية، معبرة عن حقيقة مجرياتها قدر الإمكان.

٨٥٠- وليس ثمة قواعد قانونية جاهزة يمكن على ضوءها الفصل فيما إذا كان المحامون قد أخلوا بواجبهم أو التزموه، وعلى الأخص في نطاق الخصومة الجنائية التي تتنوع قراراتهم بشأنها وفق ما يراه كل منهم أكثر ملاءمة لمصلحة موكله. بل إن وجود مثل هذه القواعد الجامدة يخل باستقلال المحامين، وينطوق السلطة التقديرية العريضة التي يملكونها والتي يحدون على ضوءها، ما ينبغي عليهم أن يتخذوه من قرارات في شأن موكليهم، بما في ذلك تلك التي يناورون بها لضمان فرص أفضل للدفاع عن مصالحهم.

(١) W. Beaney, The Right to Counsel in American Courts (1955) pp. 8-26, 29-30.

(2) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

٨٥١- وينبغي أن يكون واضحا أن المعونة الفعالة التي لا يجوز النزول عنها في مجال دفاع المحامين عن موكلهم^(١) Effective Assistance of Counsel، لا يراد بها ضمان أفضل تمثيل لهم، وإنما ينحصر هدفها في ضمان محكمتهم بطريقة منصفة. فإذا وفاء المحامون، فإن دورهم في الدفاع عن المتهمين، يكون قد اكتمل. ويفترض -وكأصل عام- ولغايهم بولجهم في الدفاع عن موكلهم. وهو افتراض لا يجوز أن ينقض، إلا إذا أقام المتهم الدليل على أن محاميه -في نطاق الخصومة الجنائية التي مثله فيها، وعلى ضوء ظروفها- لم يحط بها عن بصر وبصيرة، وقصر بالتالي في إيفائها حقها من الاهتمام. على أن يكون ملحوظا أن تسليط الضوء على كل صغيرة وكبيرة أثار بها المحامون دفاعهم، يقوض استقلالهم، ويهدم الثقة ببلهم وبين موكلهم، ويمتدح من قبول بعض القضايا التي لا يطمحون إلى رجحان احتمال كسبها، ويحرض موكلهم على سوء الظن بهم إذا ما خسروا. ولا تحذر أخطاء المحامين جميعها -حتى ما كان منها مجالفا أصول المهنة ومتطلباتها- مستوجبة نقض الحكم المطعون فيه. ذلك أن أداء المحامين لولجهم يتوخى ألا يضار المتهمون من جراء التقصير فيه. فإذا لم يكن مضمون الحكم الذي دان موكلهم ليتغير ولو بذل محاموهم العناية الواجبة، فإن نقض هذا الحكم يكون عقيم الفائدة.

٨٥٢- وإذا كان الأصل هو افتراض أداء المحامين لولجهم، إلا أن القرينة العكسية تقوم في حقهم حال تمثيلهم مصالح يناقض بعضها البعض Conflicts of interest، إذ يفترض إضرارهم بموكلهم إذا كان للمحامي قد باشر دورا فعالا في تمثيل هذه المصالح، وكان للتعارض القائم بينها قد انعكس سلبا على أدائه.

ولهما وراء دائرة المصالح التي يناقض بعضها البعض، والتي يفترض الضرر بتمثيلها، فإن على المتهم أن يقدم الدليل على ما حاق به من ضرر من جراء إخلال المحامي بولجبه. ذلك أن الحكومة لا تتحذر مسئولة عن أخطاء المحامين التي يلجم عنها نقض الحكم، وليس باستطاعتها كذلك أن تمدحها. فضلا عن أن هذه الأخطاء تتلوع، وكثيرا ما يكون الضرر الناجم عنها غير مؤثر في نتيجة الحكم الصادر ضد المتهم. ويتحذر تصنيفها بوصفها من قبيل الأخطاء التي يكون الضرر بسببها واضحا، ولا تحديدها على نحو يدعو المحامين إلى تجنبها. وينطبق ذلك سواء كان المحامون مأجورين من موكلهم ومختارين من قبلهم Retained of

(١) McMann v. Richardson, 397 U.S. 45 (1932); Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

one's choice and at one's expense لم كانوا معينين من المحكمة التي يمثلون المتهم أمامها^(١).

فالمحكمة أن، وما يعتبر خطأ من المحامين في قضية ما، قد يكون إيهاراً في غيرها. ويتعين بالتالي أن يقيم المتهم الدليل ليس فقط على أن محاميه جاوز بأخطائه، واجباته المهنية وفق متطلباتها للمنطقية، بل كذلك على تأثيرها سلباً على موقفه في القضية التي تناولها.

ويتحقق ذلك إذا أقام المتهم الدليل على أن ثمة احتمال معقول يرجح القول بأن مصير الخصومة الجنائية كان ليتغير لولا الأخطاء المهنية لمحاميهِ^(٢). كأن يدلل المتهم على أن اعتباره مسؤولاً عن الجريمة، كان سيصير في الأرجح مشكوكاً فيه، إذا كان الدفاع قد خلا من الأخطاء التي لزلق فيها^(٣).

وفترض للقول بانزلاق المحامي إلى أخطاء لو كان قد تجنبها لتغير وجه الرأي في الدعوى، أن يكون مائلاً في كلفة الإجراءات الجنائية متصلاً بها، وألا يكون المتهم قد نزل عن اختياره بإرادة حرة مدركة Intelligent Choice^(٤).

(١) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

(٢) يؤخذ بهذا المعيار كذلك في المعلومات التي تحجبها النيابة عن الدفاع، وكذلك في الشهود الذين تطردهم الحكومة من البلد حتى لا يشهدوا لصالح المتهمين. إذ يتعين لفساد الإجراء في الحالتين، أن يقوم الدليل على أن مسار الخصومة الجنائية كان ليتغير لو لم تتخذ النيابة أو الحكومة هذا الإجراء.

(٣) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٤) ويلاحظ أنه في قضية:

Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938)

وفي قضية Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963) تقرر كذلك هذا الحق للقراء.

المبحث الخامس

الحق في محاكمة يتولى قضائتها الاستقلال والحيطة الكاملان

٨٥٣- تنص المادة ١٦٦ من الدستور على أن القضاء مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأى سلطة التدخل في القضاء أو شئون العدالة.

ويفترض هذا النص أن ضمان استقلال القضاء عاصم من التدخل في وظائفهم تحريفاً لها أو إخلالاً بمقوماتها، وأن القرار النهائي في شأن حقوق الأفراد وحررياتهم، بأيديهم، وأنهم هم الذين يردون صور الحوادث عليها، ويقدمون التفسيرية القضائية التي يكفلها الدستور أو القانون لهؤلاء الذين يلوذون بهم، لا يثيهم عن ذلك أحد، ولا تمنعهم جهة أيا كان شأنها عن أداء واجبهم.

ذلك أن استقلال السلطة القضائية موداه أن يكون لقضائتها الكلمة النهائية في كل نزاع يعرض عليها، وأن يكون تقدير واقعة النزاع وتطبيق حكم القانون عليها حقا خالصا لهم لا يشوبه تأثير، أو إغواء، أو تدخل، أو ضغوط، أيا كان نوعها، أو مصادرها، أو سببها، أو صورتها، ما يكون منها مباشراً أو غير مباشر.

ومما يعزز هذه الضمانة ويؤكددها، أن استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتفيذية، موداه أن تتبسط ولايتها على كل مسألة من طبيعة قضائية؛ وأن يكون استقلال أعضائها كاملاً قبل بعضهم البعض. فلا تتأثر أحكامها بموقعهم من رؤسائهم أو أقرانهم، على ضوء تدرجهم وظيفياً فيما بينهم.

ويتعين على السلطة التنفيذية بوجه خاص، ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنقيحاً كاملاً.

وليس لعل تشريعي أن يقض قراراً قضائياً؛ ولا أن يحور الآثار التي رتبها؛ ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها.

ويتعين دوماً أن يكون إسناد القضايا إليهم وتوزيعها فيما بينهم عملاً داخلياً محضاً، فلا توجهه سلطة دخيلة عليهم أيا كان وزنها. ولا يجوز كذلك -في إطار هذا الاستقلال- تأديبهم إلا على ضوء سلوكهم الوظيفي؛ ولا عزلهم إلا إذا قام الدليل جلياً على انتفاء صلاحيتهم؛ ولا خفض مدة خدمتهم أثناء توليهم لوظائفهم؛ ولا تعييلهم لأجل قصيرة يكون عملهم خلالها موقوتاً؛ ولا اختيارهم على غير أسس موضوعية تكون الجدارة والاستحقاق مناطها.

ويجب بوجه خاص أن توفر الدولة لسلطانها القضائية بكل أفرعها- ما يكفيها من الموارد المالية التي تعينها على أن تدير بنفسها عدالة مقننة، وإلا كان استقلالها وهما.

٨٥٤- على أن استقلال السلطة القضائية، وإن كان لازماً لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلونون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها حال وقوع عدوان على حقوقهم أو حرياتهم، إلا أن حينئذ عنصر فاعل في صون رسالتها لا يقل شأنًا عن استقلالها، بما يؤكد حقيقة أن حيطة القضاة واستقلالهم قسيمان متكاملان ومتظاهران، فلا ينفصل أحدهما عن الآخر^(١).

ولكن كان بعض الفقهاء يولون عنايتهم لاستقلال السلطة القضائية، ولا يعرضون لحيدتها إلا بصورة جانبية، ويمزجون بينهما أحياناً، إلا أن التمييز بين مفهوم استقلال السلطة القضائية وحيثتها، يتعين أن يكون فاصلاً بين معنيين لا يتداخلان، ذلك أن استقلال السلطة القضائية، يعنى أن تعمل بعيداً عن أشكال التأثير الخارجى التي توهم عزائم رجالها، فيملون معها عن الحق إغواء أو إرغاماً، ترغيباً أو تهريباً.

فإذا كان تصرفهم عن إنفاذ الحق، تحاملاً من جانبهم على أحد الخصوم، والحيازاً لغيره، لمصالح ذاتية أو لغيرها من العوامل الدخالية التي تثير غرائز ممالأة فريق دون آخر، كان ذلك منهم تعظيلاً لأهواء النفس، مضافاً لضمائنه التجرد عند الفصل في الخصومة القضائية، مما يخل بحيادهم^(٢). يؤيد ذلك:

أولاً: أن استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاة، وإن كفلتهما المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من الدستور، توقيفاً لأى تأثير محتمل قد يميل بالقضاة عن ميزان الحق انحرافاً، إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون.

وهذا المبدأ الأخير لا يعمى فقط استقلال القضاة، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائى وليد نزعة شخصية غير متجردة. وهو أمر يقع غالباً إذا فصل القاضى فى نزاع سبق أن أبدى فيه رأياً، ومن ثم تكون حيطة للقاضى شرطاً لازماً دستورياً لضمان ألا يخضع للقاضى فى عمله لغير سلطان القانون.

(١) انظر فى استقلال المحكمة وحيثتها، الحكم الهام الذى أصدرته المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة فى ١٥/٦/١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" وهو منشور فى ص ٧٦٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها- قاعدة رقم ٤٩.

(٢) الحكم السابق ص ٧٧٩ من الجزء السابع.

ثانياً: ما قرره إعلان المبادئ الأساسية في شأن استقلال القضاء التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين في ١٩٨٥/١١/٢٩ و ١٩٨٥/١٢/١٣، وهما قاطعان في أن القضاء يفسلون بحيديتهم، في كل خصومة قضائية تعرض عليها على ضوء وقلتها ووفقاً للقانون، غير مدفوعين بتحريض، أو معرضين لتدخل بلا حق، أو محملين بقبول أو بتهديد أو بضغط أو بفساد أي كان مصدرها أو سببها، ما كان منها مباشراً أو غير مباشر.

ثالثاً: أن تطلق ضمانتي استقلال السلطة القضائية وحيديتها بالخصومة القضائية، والصداقتهما معا على إدارة العدالة ضماناً لفعاليتها، موداه بالضرورة تلازمهما، فلا يلفصلان. ومن غير المتصور أن يكون الدستور ثالثاً بالسلطة القضائية عن أن تقوض بنيانها عوامل خارجية تؤثر في رسالتها، وأن يكون إصالتها الحقوق لذويها، مهدداً بالنزاع من حيدة وتجرد رجالها، وإذا جاز القول -وهو صحيح- بأن الفصل في الخصومة القضائية -حقاً وعدلاً- لا يستقيم إذا دخلتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر عنها، أي كانت طبيعتها، وبغض النظر عن مصدرها، أو دوافعها، أو أشكالها، فقد صار أمراً مقضياً أن تتعادل ضمانات استقلال السلطة القضائية وحيديتها في مجال اتصالهما بالفصل في الحقوق لتصاناً لأصحابها، وترجيحاً لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها، فلا تطو إحداها على أخرى أو تجبها، بل يتضامنان تكاملاً، ويتكافآن قدرأ.

رابعاً: أن ضمانات المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور بلص المادة ٦٧، تعنى في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن يكون لكل خصومة قضائية قاضيتها -ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية- وأن تقوم على الفصل فيها -علائقية وإصنافاً- محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون، يتمكن الخصم في إطارها من إيضاح دعواه، وعرض أدلتها، والرد على ما يمارضها من أقوال غرماقة أو حججهم على ضوء فرص يتكاملون فيها جميعاً، ليكون تشكيلها، وقواعد تنظيمها، وطبيعة النظم المعمول بها أمامها، وكيفية تطبيقها عملاً، مبلوراً للعدالة مفهوماً تقدمياً يلتزم مع المقاييس المعاصرة للدولة المتحضرة.

خامساً: أن مفهوم حق النقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، موداه أن مجرد اللغز إلى القضاء لا يحتر كافيأ لصون الحقوق التي تترك في وجودها إلى النصوص للقانونية. وإنما يتعين دوماً أن يقتزن هذا اللغز، بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأروضا الناشئة من التحول عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صور الأشكال الإجرائية المعقدة، كي توفر الدولة للخصومة في نهاية مطالها حلاً منصفاً يقوم على حيدة المحكمة

واستقلالها، ويمكن بمضمونه، التسوية التي يعدد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يطلبها.

سابعاً: أن القيود التي فرضها الدستور على المشرع لحماية استقلال السلطة القضائية وحيدتها - لا نقضها أو انتقاصها من أطرافها - لا يجوز الخروج عليها^(١). ويعتبر إخلالاً بحيدة المحكمة أن تقوم بين أحد قضائتها، وبين المتهم المائل أمامها أو أحد الشهود، عدواة أو مودة لا يستطيع معها - في الأرجح - للحكم في الخصومة الجنائية بغير ميل - إيجابياً كان أم سلبياً.

ذلك أن ميزان الحق لا يستقيم مع وجود ميل يكون عاصفاً بالحق، أو مقيداً من محتواه، ولو لم تصل العدواة إلى حد الخصومة الجارحة، ولا المودة إلى حد مؤاكلة المتهم أو أحد الشهود أو قبول قضائتها هدايا منهم أو مساكتهم، سواء كان ذلك قبل رفع الخصومة الجنائية أو بعدها.

وليس شرطاً في المودة بالتالي أن تدل القرائن على تماثلها ووثاقتهما، ولا أن تكون العدواة جامحة في عقها وشذتها، بل يكفي أن تقوم المودة أو العدواة في نفس القاضي، إذا كان من شأنها إحرافه بسببها عن ميزان الحق^(٢).

وهو ما يتحقق كذلك إذا كان للقاضي مصلحة مالية مباشرة في الفصل في الخصومة الجنائية بما يضر بحرية المتهم أو يفقد من ملكيته.

٨٥٥- ومما يتألى حيدة المحكمة كذلك، انتقاء المحلفين أمامها من جهة أو فئة بعينها، واستبعاد أشخاص من تشكيلها بالنظر إلى عرقهم أو أصلهم، وعلى الأخص كلما كان هذا الاستبعاد مقصوداً Deliberate ومنهجياً Systematic وتحكيمياً Arbitrary. ويعتبر تصنيفهم بالنظر إلى أعراقهم أو أصولهم أو لغير ذلك من الأغراض المجافية للمنطق، تمييزاً مخالفاً للدستور.

ولا يجوز بالتالي تكوين هيئة المحلفين من قطاع بعينه من المواطنين، وإن جاز الطعن في حيدة بعضهم، لضمان إصنائهم عن تشكيلها. ذلك أن تكوين هذه الهيئة وفقاً للدستور، يفترض تأليفها من أشخاص لا يسعون للفصل في الاتهام الجنائي على نحو معين. فإذا دل

(١) انظر في ذلك ص ٧٧٩ - ٧٨٢ من الحكم السابق.

(٢) للتوضيح رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٨٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

تشكيلها على ميل أعضائها عن الحق انحيازاً من جانبهم لعرق معين أو لطبقة بذاتها، بطل القرار الصادر عنها.

كذلك فإن قطعهم براء بنواتها في شأن الجريمة المدعى بها، وقيل بسط حقيقتها عليهم، بمنعهم -في الأرجح- من التحول عن العقيدة التي كونوها سلفاً، بما يبطل المحاكمة في كافة إجراءاتها، هي والحكم الصادر فيها^(١).

ولا كذلك آراء مبدئية تدخل أحد المحلفين أو بعضهم في شأن الاتهام الجنائي قبل الفصل فيه، إذا لم تكن في مجملها غير الانطباع عام عن الجريمة ومركبتها، فلما يصمد أمام التحليل الدقيق لولعاتها، والعرض الأمين لألتها. فلا يكون هذا الانطباع العام غير تصور أولي يحتمل الخطأ لصورة الجريمة وجناتها، والقول بضرورة أن تصفو أذهانهم من كل انطباع عنها، وأن يفصلوا في أمر ثبوتها أو نفيها، وكلهم قبل مجسهم في هيئة المحلفين لم يسمعوا عنها شيئاً، ولم يتصل بهم أمر يتعلق بها، ليس إلا تكليفاً بما لا يطلق.

٨٥٦- على أن حيدة المحكمة قد يشوهها رصد أجهزة الإعلام -التيلزيون على الأخص من بينها^(٢)- لكل ما يدور بها إلى حد التغطية الشاملة لولعاتها، بما يؤثر في الأعم من الأحوال - على نوعية الشهود الذين يمثلون أمامها، وكذلك على نوع شهادتهم التي يملون بها، وعلى الأخص إذا كان بعض الشهود خجلين بطبيعتهم، أو كانوا من المظهرين الذين تعجبهم صورتهم، ونشر وسائل الإعلام لها أثناء شهادتهم.

فالخجلون من الشهود مترددون بطبيعتهم. ويزداد ترددهم عمقاً إذا بان لهم أن وسائل الإعلام تنقل شهادتهم. ولا كذلك من يعجبهم التظاهر بتأهايا بنشر الإعلام لصورهم. إذ غالباً ما يركزون على أوضاعهم أثناء الشهادة أكثر من التركيز على مضمونها والإدلاء بما سمعوه أو عرفوه عن الجريمة، أو شاهده أثناء ارتكابها.

٨٥٧- وكلما كان المتهم شخصية معروفة لها دورها المشهود في العمل العام، أو كان لها شهرتها في مجال الجريمة المنظمة، أو كان قد ألقن التخطيط لها أو برع في تنفيذها، وكان لقضاء الجريمة لم يركزوا أذهانهم عليها بعد أن شنتها وسائل الإعلام المتزاحمة على نشر كل تفاصيلها، والطاغية في قوة تأثيرها، فإن محاكمة المتهم عن هذه الجريمة تتخذ صورة شكلية مجافية لإنصافها.

(1) *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

(2) ولا ينفي ذلك حق الصحافة في دخول قاعة المحكمة لمراقبة وتسجيل ما يجري فيها
Richmond Newspapers, Inc v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

ومما يدل من حيدة المحكمة كذلك، أن تفرض الجماهير سيطرتها عليها من خلال آرائهم التي يعبرون بها عن مسخطهم على الجريمة، وثورتهم على مرتكبيها، وهواجهم داخل قاعة المحاكمة وخارجها طلباً للقصاص منهم، وللتككيل بهم، ولو عن طريق أوراق يطبعونها ويوزعونها على المرة.

ذلك أن المحاكمة الجنائية لا يقوم تأثير ضار يكون عاصفاً بالوظيفة التي تقوم عليها، وعلى الأخص كلما كان من شأن هذا التأثير أن يفقد المتهمون اطمئنانهم، وأن يعجز الدفاع عن أن يقدم لهم المعاونة الفعالة التي يتوقعونها، وأن يتضائل بالتالي احتمال الحكم ببراءتهم.

فلا تكون الجماهير الغاضبة غير معول هدم للحقوقية القضائية التي توازن -في محصلتها النهائية- أدلة الجريمة بتلك التي تنفيها، وتقليل شهادة الشهود ببعضها، وترجح ما تراه صائبا منها، فلا يكون الحكم ملونا بأجواء ملبدة، فرضتها الجماهير على المحكمة بقصد توجيهها وجهة بعينها تقدر هي صوابها، بعد أن طبعها بتصورها الخاص، ويعواطفها المتأججة، وينزوعها إلى البطش بالمتهمين. وهو ما ينافي حقيقة أن كل اتهام جنائي يقتضى تحقيقاً مادنا يوزن فيه كل دليل بقدره. فلا تؤثر فيه عوامل لا صلة لها به، ويندرج تحتها تلك الأجواء لصاخبة التي تحيط بالمطفين والدفاع، والتي يتعن على المحكمة أن تبذل جهدها لإجهاضها بما يكون ملائما من التدابير، كعزلها المطفين والشهود في أماكن تعصمهم من احتمال التأثير عليهم؛ وحجبهم كذلك عن الاتصال بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وتقيد المعلومات التي تنشرها في شأن الجريمة، وعلى الأخص تلك التي تنقلها عن المحامين والنيابة العامة ورجال الشرطة؛ إذا أساء نشرها للمتهمين، أو شوه سمعتهم، أو حرض آخرين عليهم، أو عرض للخطر الحماية القضائية للشهود التي تؤمنهم من كافة المخاطر التي تنال من حريتهم، أو التي تؤثر في شهادتهم^(١).

فإذا تعذر على المحكمة أن تتخذ مثل هذه التدابير، أو بلن لها عدم جدواها، تعين أن تتم المحاكمة في مكان آخر، وفي أجواء أفضل *Changing the Venue of the trial* حتى يتوافر للمتهمين الحد الأدنى من الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يأتي الحق في سماع أقوالهم في مقدمتها.

(١) Moore V. Dempsey, 261 U.S. 86 (1923).

المبحث السادسحق المواجهةThe Right to Confrontation

٨٥٨- ولأن الأصل في كل محاكمة جنائية هو شفوية إجراءاتها حتى تكون المحكمة عقيدتها من التحقيق الذي تجريه بنفسها في جلساتها؛ وكان التحقيق الابتدائي -وهو منون بالضرورة- لا يخل محل المحكمة في أية مرحلة من مراحلها، ولا هو بديل عنها، بل يمد لها، وقد لا يؤخذ به^(١)؛ فإن مواجهة المتهم للشهود في مرحلة التحقيق الابتدائي، لا تنفي النزول عن هذا الحق أثناء الفصل في الاتهام^(٢).

فضلاً عن أن مرحلة التحقيق الابتدائي يعيها تسرعها، ولمطبتها، وعدم تعمقها حقائق الاتهام بما يحيط بجوانبها المختلفة، وتتمس كذلك بقصور معلوماتها في شأن الجريمة، فلا يلم الدفاع بحقيقة أوضاعها بصورة كافية.

٨٥٩- وتفترض مواجهة الشهود، أن يكون بإمكان الدفاع تنفيذ أقوالهم، ومقارعتها بالحجة التي تنفيها. فإذا كانوا غائبين، أو تعذر العثور عليهم، أو كانوا من غير المواطنين الذين أبعدتهم الدولة عن إقليمها حتى لا يناقشهم الدفاع عن المتهمين، فإن التحويل على أقوالهم يكون لغواً. ذلك أن تكذيبها في هذه الأحوال -من خلال شرط المواجهة- يكون غير متصور^(٣).

٨٦٠- ولا يجوز بالتالي -ركاصل عام- تأسيس إدانة المتهم على أقوال لأشخاص تعذر حضورهم لمواجهتهم بالشهادة التي أدلوا بها، وتوجيهها.

ذلك أن غيابهم ينفي فرص تعييبها، وبيقها على حالها دون خوض في دلالاتها، ولا في صحتها. وهو ما تأباه النظم العقابية جميعها التي تنظر إلى شرط المواجهة باعتباره جزءاً من

(١) انظر في ذلك ص ٦٠٢ من مؤلف الأستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض في المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية- طبعة ١٩٩٩- دار المطبوعات الجامعية.

(٢) ومن قبيل النزول عن حق المواجهة أن نقرأ النيابة- بموافقة المتهم أولاً أدلى بها شاهد غائب في إجراءات سابقة على المحاكمة، أو أن نقرأ النيابة- بموافقة المتهم - بيانا بالشهادة التي وقع عليها الشاهد والتي كان يدلي بها لو كان حاضراً. ويعتبر كذلك نزولاً عن الحق في مواجهة الشهود الذين أدلوا بشهادتهم في غيبة المتهم، أن يختار المتهم بإرادته عدم الحضور أثناء محاكمته. وهو يتغلب كذلك عن هذا الحق إذا لم يطلب في وقت مالم مترجماً لترجمة أقوال شاهد لا يفهمها.

(٣) Kirby v. United States, 174 U.S. 47 (1899); Pointer v. Texas, 380, U.S. 400 (1965).

مكوناتها، وثيق الصلة بالحق في الدفاع، وبالحق في محاكمة منصفة يتوافر لكل متهم خلالها، الحق في سماع أقواله. ومن ثم ينحصر إعمال شرط المواجهة في النظم العقابية دون غيرها. فلا يكون للعاملين المدنيين في الدولة حق تطبيقه في مواجهة رؤسائهم الذين فصلوهم من وظائفهم، وإن قال آخرون بأن هذا الشرط لازم، ولو كان الإجراء إدارياً، كرفض قيد محام في الجدول أو إسقاط عضويته في النقابة بعد ثبوتها^(١).

٨٦١- كذلك تبطل كل شهادة حجبها المحكمة عن الدفاع. ذلك أن إخفاءها يجهل بها، فلا تتاح فرص مواجهتها لبيان وجه الحق فيها. يؤيد ذلك أن شرط المواجهة موداه ألا تدأر المحاكمة الجنائية بطريق الخداع. ومن صورته إخفاء النيابة لأدلة الجريمة التي يبدها عن متهمها، أو إخفاء المتهم عنها للأدلة التي يحوزها وتفتيها. ذلك أن حق كل من الدفاع والنيابة في الاطلاع عليها، حق أصيل. ويفترض هذا الحق أن يتبادلا كشفها إلي أقصى حد مستطاع صلاً، علي تقدير أن قبض أحدهما في يده علي أدلة الجريمة وإخفائها عن الآخر، موداه أن يفاجأ بها أثناء المحاكمة بما يحجزه عن أن يوفر وقتاً كافياً لبناء دعواه.

ويظهر ذلك على الأخص من التواحي الآتية:

أولاً: أن المتهمين بالجريمة قد يشهدون بأنفسهم، أو يأتون بشهود لنفسيهم، بقصد تقييل مخاطر إدانتهم. فإذا قرروا إحضار الشهود الذين ينفونها، تعين عليهم إخطار النيابة بأسمائهم حتي تعد معلوماتها عنهم، وعن ماضيهم في الجريمة إن كانوا قد ولغوا فيها، ولتواجههم بنفسها لتجريح أقوالهم ونفي مصدقيتها. ولا يعتبر ذلك حملاً للمتهمين علي الشهادة ضد أنفسهم بما يدينهم.

وقد تكون الأدلة التي بيد النيابة، والتي جمعتها قبل محاكمتهم، متكاملة قوية دعائميها. فلا يكون أمام المتهمين من خيار إلا التلذذ علي غيابهم عن مسرح الجريمة لوجودهم مع آخرين في مكان آخر وقت الجريمة، أو تقديم شهود ينفون للجريمة عنهم، ولو كان لجوءهم لهؤلاء الشهود قد ألغى إلي كارثة حقيقية بعد أن تطرق الخلل إلي شهادتهم.

إذا ما اختار المتهمون للركون إلي حجة غيابهم عن مسرح الجريمة وقت ارتكابها، كان عليهم إخطار النيابة بأسماء هؤلاء الآخرين الذين كانوا معهم، حتى تناقشهم النيابة وتحتض أقوالهم The notice of alibi.

(١) United States v. Hicks (1930, CA9 Ca 1) 37 F 2d 289, 292.

ثانياً: لا يجوز للنيابة أن تتخلص مما بيدها من الأدلة التي يفيد المتهم منها، بالنظر إلى صلتها ببراءة المتهم من الجريمة التي اتهم بارتكابها Exculpatory evidence.

ذلك أن العدالة الجنائية لا يجوز هدمها من خلال إخفاء التقرائن أو الأدلة الظرفية للدفاع للجريمة. وليس واجباً على النيابة في هذا المقام، أن تقدم للمتهم ملفاً كاملاً بالقضية؛ وإنما يكفيها أن تمدّه بالأدلة التي يفيد منها، والتي يضر إجهاضها بحقه في محاكمة منصفة.

ومن ذلك إخفاء النيابة أدلة عن المتهم إذا كان من شأنها التقليل على أن شهود النيابة لهم مصلحة في إدانته. ذلك أن الشهادة الكاذبة تؤثر بالضرورة في نتيجة الحكم، وتتأقضى كذلك شرط الوسائل القانونية السليمة، ولا يمكن الاعتماد عليها، أو الاطمئنان لها، بالنظر إلى أثرها في توجيه المحكمة وتكوين عقوبتها إذا ظل كذبها خافياً عليها، خاصة إذا كان شهود النيابة ما كانوا ليشهدوا لصالحها لولا عرضها عليهم، أن تغفلهم من جريمة دخلوا فيها، أو أن تتهمهم بجريمة عقوبتها أقل من تلك التي ارتكبوها.

ويؤيد هذا النظر أن المحاكمة الجنائية لا تتوخى أكثر من إطلاق سراح الأبرياء، وتقرير مسئولية الجناة عن جرائمهم. وكلما وجد بيد النيابة دليل لمصلحة المتهم، فإن كشفها عن هذا الدليل سلفاً، يجعل الطريق إلى إظهار الحقيقة، أو على الأقل قد يثير شكوكاً لها وجاقتها حول مسئولية المتهم عن الجريمة التي اتهم بها.

ثالثاً: أن مواجهة الشهود إجراء يحتكم إلى العقل ومنطق الأمور، وما يتوخاه هو معرفة قدر الصدق في شهادتهم، حتى لا يؤخذ بالشهادة التي قام الدليل على كذبها^(١).

٨٦٢- ومن ثم كان لكل منهم، حق في مواجهة شهود الاتهام، كي يناقشهم في أقوالهم ويقيم الدليل على اضطرابها، أو تناقضها، أو تحاملها، أو وهنها. وله أن يعارضها على الأخص بقرائن يقدمها، ويأوراق تكذبها، وأن يردّها بغير ذلك من الوسائل التي تسقطها، كالتمليل على زيفها ومجاافتها للحقيقة، سواء في كلفة تفصيلاتها، أو في بعض أجزائها.

ولا يقصد بمواجهة الدفاع للشهود غير استجوابه لهم، لبيان وجه الحق في أقوالهم، بشرط ألا تكون الأسئلة التي يوجهها الدفاع لهم، مكررة أو لا صلة لها بالجريمة، أو منطوية على التحرش بهم.

(١) Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968); Smith v. Illinois, 390 U.S. 129 (1968); Alfred v. United States, 282 U.S. 687 (1931); In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

ولا كذلك تعمق أقوالهم ليس فقط لإظهار قدرتهم على الفهم العام، وإمكان استيعابهم ما يدور من حولهم؛ ولكن كذلك نيلا من مصداقيتهم، كالتكليل على سبق إدانتهم بجريمة الشهادة الزور. ولا يجوز بالتالي التحويل على شهادة شهود النيابة أمام الدفاع إذا حام البطان حوثها بالنظر إلى ما يحيط بها من ظنون يعتبرها أوساط للناس شكاً معقولا في صحتها. ومن ذلك أن يكون باعثهم إلى للشهادة التي ألقوا بها، وعود عرضتها للنيابة عليهم، أو أحقاد قديمة، أو ضغائن جديدة ضد المتهم، أو قدم المدة بين وقوع الجريمة والشهادة بأحداثها.

بل إن بواعثهم هذه كثيرا ما تنير الطريق إلى صدق أقوالهم أو كذبها. وكشفها يتصل بشرط المواجهة^(١)؛ وعلى الأخص إذا حملتهم بواعثهم -المخالفة للقانون- والتي يندرج التعامل على المتهم تحتها- على تشخيصه في طابور العرض كفاعل للجريمة أو كشارك فيها، ثم الشهادة بعد ذلك أمام المحكمة بدوره في الجريمة.

ولا يجوز القول بأن تعمق الدفاع لبواعثهم تلك ومحاولة فضحها، مما يضر بحق الشاهد في كتمانها، خاصة إذا كان حدثا. ذلك أن كشفها يقوض قضية النيابة، ويثير شكوكا خطيرة في شأن مصداقية التهمة وصحة الدليل عليها.

رابعاً: علي أن شرط المواجهة لا يتصور في الشهادة السماعية التي ينقل فيها شخص عن آخر ما سمعه منه لحظة احتضاره، أو ما أقر به بالمخالفة لمصلحته للشخصية. ذلك أن الشهادة السماعية في هاتين الصورتين تبدو موثوقا فيها. ويجوز الاعتماد عليها^(٢).

خامساً: كذلك فإن حق المتهم في أن يظل صامتا، وألا يشهد بأقوال لا يريد الإدلاء بها، يعتبر حقا دستوريا أصيلا، ولو كانت واقعة الجريمة ومرتكبها، لم تتصل بعلم أحد غيره، ولا دليل على جنائها إلا الشهادة التي حرص على كتمانها. فإن لم يشهد بما رآه، فإن اعتباره مخبا بناء على هذا الامتناع، لا يجوز في غير النظم للتعقيب التي هجرتها الدول الديمقراطية، ويتمحض كذلك عقابا على مباشرة المتهم لأحد الحقوق التي منحها الدستور إياه، وتكلفة فائدة الأمن على تمسكه بامتياز عدم الشهادة ضد نفسه.

ولا يتصور في هذا الفرض كذلك إعمال شرط المواجهة، إذ يستحيل عقلا أن تكذب النيابة أقوالا لم يدل المتهم بها^(٣).

(١) Green v. McElroy, 360 U.S. 474 (1959).

(٢) Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973).

(٣) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

مبدأياً، وفضلاً عما تقدم، فإن حق الشخص في ألا يحرم من حريته بغير الوسائل القانونية^(١)، يفترض ضمان حقه في سماع أقواله^(٢)، وأن يكون كذلك قادراً على استخدام الوسائل الجبرية التي يملكها وفقاً للتمتور لاستدعاء شهوده الذين بقدر تعلق شهادتهم بالجريمة وإنتاجها في نفيها. ولا يكتمل حق المتهم في استعمال هذه الوسائل الجبرية، ما لم يكن من حقه أيضاً أن يظهر بنفسه على منصة الشهود لينفي بأقواله الجريمة التي تهمه النيابة بها.

وهو بدلي دائماً بشهادته إذا قدر أنها في مصلحته، وأنها تعينه على دحض التهمة وتقويض عناصرها. بل إن الشهادة التي بدلي بها تعتبر في كثير من الأحوال أكثر أهمية من غيرها من وسائل الدفاع التي ترد التهمة على أعقابها^(٣).

وللنيابة أن تولج هذه الشهادة من خلال أسئلتها التي توجعها، وتلقي مصداقيتها، وفق الأسس ذاتها التي يركن إليها المتهم تشكيكاً في مصداقية شهود النيابة. ذلك أن المواجهة في هذين الغرضين هنا ألا يؤخذ بشهادة تحمل في ثنائياها دلائل وهذا. بل إن حق المتهم في الدفاع بالأصالة عن نفسه، وأن يقدم -بكلماته- رويته الخاصة لواقعة الجريمة وظروفها، أكثر أهمية من الدفاع عنه بطريق الوكالة.

وكما قرر المتهم أن يشهد بنفسه لنفي الاتهام، كان ذلك هو الوجه المقابل لاختياره عدم الإدلاء بشهادة قد يدان بسببها، بما مؤداه أن لكل متهم الحق في أن يظل صامتا، أو أن يختار الدفاع أصالة عن نفسه بمحض إرادته الحرة.

فإذا ما اختار الشهادة، قام حق النيابة في مواجهتها ولو كان قد أدلى بالشهادة بعد تنويمه مغناطيسياً بقصد إضعاف ذكرته عن الجريمة واستكشاف وقائعها الفاترة في ظلمة العقل، وإن جاز فرض قيود منطقية على عملية التنويم هذه، كأن يشترط إجراؤها عن طريق أهل الخبرة الذين لا صلة لهم بالتحقيق، ولا مصلحة لهم فيه، حتى يتم بصورة مجردة لا لحياز فيها ولا إيعاء. وهو ما يقتضي أن يقوم الخبير بدوره في مكان لا يحضره غيره هو والشاهد.

كذلك فإن تسجيل المنوم لكل قول أدلى به الشاهد، مؤداه ضرورة معرفة الأسئلة التي وجهها له.

(١) Rock v. Arkansas, 483 U.S. 44 (1987).

(٢) يفترض في شهادة الشريك على القاتل الأصلي للجريمة، أنها غير موثوقة بها. Presumptively unreliable.

ولضمان مصداقية هذه الشهادة، فإن الأقوال التي يدلي الشاهد بها أثناء التتويج، تجوز مقابلتها بخبرها من الأدلة، وإظهار أوجه التناقض فيها من خلال الأسئلة التي توجه إليه في إطار شرط المواجهة.

وبالتالي يعتبر مخالفاً للدستور، إطلاق القول بأن كل أقوال يدلي شخص بها من خلال عملية تتويج يجريها خبير بها وبوسائلها، لا يجوز الأخذ بها، أو للتحويل عليها في وصفها للجريمة وما اتصل بلأوضاع ارتكابها، وإنما هي شهادة يجوز الاعتماد عليها، ولو بقدر كبير من التحوط في شأن دلالتها.

سليماً: أن افتراض البراءة -ولو لم يرد به نص في الدستور- من الحقوق الجوهرية التي لا تقوم بدونها أية محاكمة منصفة. وإذا كان الأصل المقرر قانوناً هو أن تبرهن النيابة بنفسها على أن التهمة التي نسبها إلي المتهم لها معينا من الأوراق، فقد تعين أن تصفو أذهان القضاة والمحلفين من كل تأثير لا يتصل بأدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم. فهذه الأدلة وحدها -بما في ذلك أقوال الشهود- هي التي يجوز مجابقتها والنظر فيها، وهي التي يتحدد على ضوئها مصير الاتهام، ولا شأن لسواها بالتهمة من جهة إثباتها أو نفيها. فلا القبض على المتهم ولا احتجازه قبل المحاكمة مندا متصلة، ولا تحديد شخصيته من خلال طابور عرض، بمجر في مجال للتكليل على التهمة وجوباً أو سلباً. وإنما هي الأدلة وحدها التي ينبغي للنظر فيها وبناء الحكم عليها؛ لتكون مناقشتها والتكليل على وهنها، أو انتفاء صلتها بالجريمة أو عدم افتاجها في إثباتها، حقاً لكل منهم لا يجوز إهماله^(١).

ويعتبر رفض المحكمة تنبيه هيئة المحلفين إلى دلالة أصل البراءة ومغزاه، مخالفاً لافتراض المحاكمة المنصفة التي يتطلبها الدستور.

ثامناً: ولا ينال من حق المتهم في الاعتماد على الأدلة وحدها للتكليل على الجريمة التي اتهم بها، تعليق النيابة على هذه الجريمة ووصلها لها بالقبض أو بمنافاة القيم الإنسانية، إذا لم يكن لهذا التعليق أثر على تكوين عقيدة ما في شأن الاتهام، وكان القضاء قد نبهوا هيئة المحلفين أكثر من مرة إلى أن مهمتها تنحصر في تقييم أدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم، وأن أقوال النيابة أو تطبيقاتها على الجريمة، لا تعد دليلاً على أن المتهم قد ارتكبها^(٢). خاصة وأن أقوال المتهم الختامية، هي التي توجه كل تعليق للنيابة على الجريمة، وتلغ أدلتها.

(١) Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978).

(٢) Darden v. Wainwright, 477 U.S. 168 (1986).

تاسعاً: أن اللجوء للوسائل الجبرية لحمل الشهود على الضرورة على الظهور أمام المحكمة، يكفل لكل من النيابة والمدعى، عرض رؤيتهما في شأن الجريمة ومركبتها، ليقرر القضاة أو هيئة المحلفين وجه الحق في أقوال شهودها. أو شهود المدعى. وكما أن للمتهم حق مواجهة الشهود الذين تعرض النيابة من خلالها وجهه نظرها في شأن الجريمة ودولعها وجناتها، فإن للنائب أن تقدم شهودها في لبداء قضيتها، ويرتبط هذا الحق في هاتين الصورتين بالوسائل القانونية السليمة^(١).

عاشراً: ويفترض حق المدعى في مواجهة الشهود الذين يشهدون ضده، أن يكون ماثلاً بشخصه أثناء الفصل في الاتهام، ما لم تأمر المحكمة بطرده من قاعتها إذا أغل بنظام جلساتها بالنظر إلى ما يثيره من لغط وجلبة أو على ضوء اللغة الجارحة التي يتحدث بها. ذلك أن الإدارة السليمة للمعدلة الجنائية تتقدم حضوره، فلا يعود إلى قاعتها إلا إذا استقام سلوكها^(٢).

حادي عشر: ويتوخى حق المدعى في مواجهة شهود النيابة ليس فقط توجيه أسئلة إليهم لبيان وجه الحق في شهادتهم، وإنما كذلك ليقاط ضمائرهم وجعلهم على مواجهة القضاة وهيئة المحلفين حتى يروهم بأعينهم، ويراقبون أفعالهم وتصرفاتهم، وهم على منصة الشهادته، ويحكمون من ثم على شهادتهم بالصديق أو بالبهتان.

ولا يجوز بالتالي أن يدان متهم بناء على شهادة أدلى بها شخص في قضية سابقة لا صلة للمتهم بها^(٣)؛ ولا أن تقدم النيابة -كتدليل ضد المدعى- أقوالاً أدلى بها خارج المحكمة، ولا في مرحلة أولية من مراحل التحقيق معه، ولا تسجيلاً صوتياً بأقواله. ذلك أن مواجهة المتهم لشهود النيابة في المحكمة ذاتها، وأمام قضاتها، يعتبر حقاً دستورياً لا يجوز التفريط فيه. لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الأحوال التي تحمل فيها الشهادة التي لم يواجهها المتهم، دليل صدقها، كالشهادة التي يدلي المحتضرون بها Dying declaration، أو التي تكتسبهم بالنظر إلى مضمونها، إذ لا مصلحة لهم في هاتين الحالتين في الانترواء بالحقيقة أو تبرئها.

(١) Washington v. Texas, 388 U.S. 14 at 19, (1967).

(٢) Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970).

(٣) لأن كانت المواجهة لا تتحقق في شهادة نقل محتواها عن محاضر محاكمة سابقة، إلا أن ثمة اتجاه يجيز التحويل عليها إذا تحذر الاهتداء لمواطن أصحتها، أو قام الدليل على وفاتها، أو أصابتهم بمرض التقدم عن الحركة. كذلك تقرر بعض التشريعات جواز الاعتقاد على البيانات التي يدونها التجار في دفاترهم في نطاق معاملاتهم التجارية مع بعضهم البعض.

David Fillman, The defendant's rights today, 1976, p.95.

ومن ثم كان الأصل هو أن يواجه المتهم شهود النيابة، حتى ينفي عن شهادتهم مصداقيتها، ويفترض ذلك أن يكون هؤلاء الشهود مائتين أمام المحكمة وشهودون بما أدركوه بحواسهم، ما لم يكن للمتهم قد نزل اختيارا عن الحق في المواجهة، أو فرط إهمالا في إجرائها.

ثاني عشر: أن تقرير حق المتهم في مواجهة الشهود الذين تأتي بهم النيابة ليس إلا تعبيراً عن قواعد للقانون العام التي ترك جذورها إلى عام (١٦٠٠).

وليس للنيابة بالتالي أن تقدم أحد الشهود إلى المحكمة، وأن ترفض في ذات الوقت مواجهته بالأسئلة التي يطرحها عليه المتهم. ولا يجوز كذلك أن يكون الحكم الصادر بإدانة شخص معين في جريمة سرقة لشواء تملكها الدولة، دالا بصفة قطعية علي أن من تلقاها بعد سرقتها، كان يعلم باختلاسها.

ذلك أن حق المتهم في مواجهة كل واقعة يجوز أن تتخذ دليلا ضده، يفترض بالضرورة ألا تكون هذه الواقعة ذاتها قد أثبتت اتهام سابق لم يكن للمتهم طرفا فيه، ولم يخول حق حضنها والتكليل علي عكسها، ولم تعرض في حضوره ليناقشها وينفعها.

ثالث عشر: وليس للمتهم أن يدعي علي المحكمة إنكارها لحقه في مواجهة الشهود، إذا كان هو قد ألغىهم بعدم الظهور أمامها. وليس للنيابة ولا لسلطة حكومية حق في إخفاء أسماء شهودها قولا منها بأنهم هم الذين أُرشدوا سرا عن الجريمة، أو بأن معلوماتهم عنها لا يجوز كشفها بالنظر إلي صلتها الوثيقة بالأمن العام. إذ يتعين علي الدولة أن تفاضل بين تقديم أدلتها إلي المحكمة أو إسقاط التهمة عن المتهم.

وتصدق هذه القاعدة ذاتها علي التقارير التي تعدها أجهزة الشرطة عن نشاط غير مشروع، علي ضوء الشهادة التي أدلي بها أمامها، لشخص لهم صلة بهذا النشاط. إذ لا يجوز أن تقتصر هذه الأجهزة وراء سرية هذه التقارير لحجبها عن المتهم حتي لا يناقشها، وعلي الأخص كلما كان لبعض أجزائها صلة بالجريمة المدعي بها. وإنما يتعين كشفها للمتهم حتي لا يحرم من الحق في تجريحها. وهو حق هام يتعين ضمانه بكل الوسائل. بل هو من الحقوق الجوهرية التي لا يقتصر تطبيقها في الدول الفيدرالية علي الحكومة المركزية، وإنما تنطبق به ولاياتها كذلك بالنظر إلي قيمة هذا الحق في تحقيق موازين العدالة التي تختل بالضرورة إذا قام حكم الإدانة علي أقوال لم يواجهها المتهم، سواء كانت زائفة في حقيقتها، أم كانت أقوالا أدلي بها أحد شركائه، ولم يواجهها للطعن في مصداقيتها.

رابع عشر: وكما غالب الشاهد أثناء المحاكمة، فإن الأخذ بشهادته في مرحلة التحقيق الابتدائي في الجريمة لا يجوز، ما لم تبذل الحكومة كل جهد صادق لتأمين حضوره ثم خاب مسعاها.

وتعتبر كل ملاحظة يبدئها أحد الشهود لهيئة المظفين خارج قاعة المحكمة في شأن المتهم أو الجريمة المطروحة عليهم، عديمة الأثر ولا يجوز التعويل عليها^(١).

خامس عشر: أن مقابلة المتهم لشهود النيابة وجها لوجه *Fáce to face confrontation* ليس مطلوباً في ضحايا الجرائم الجنسية، الذين لا يستطيعون أن يشهدوا بما أصابهم من عنوان إذا كان المتهم به مثلاً أمامهم بروعهم مجرد وجوده قبلهم. وهو ما دعا إلى ابتداع وسائل فنية - كالدوائر التلفزيونية المغلقة *Closed circuit television* - التي بدلى ضحايا هذه الجرائم من خلالها بشهادتهم بعد عزلهم عن المتهمين بارتكابها، ودون إخلال بحق هؤلاء في مواجهة الشهادة التي يدلون بها للتكليل على كذبها. ويباشر المتهمون هذا الحق عن طريق الأسئلة التي يثقلونها من موكلهم ويطرحونها على هؤلاء الضحايا للتشكيك في صدق شهادتهم^(٢).

(١) قلوا أن العاجب المطلوب به خدمة هيئة المظفين أثناء انعقاد جلساتهم، أخبرهم بأن المتهم رجل شرير وفاسد ولا يجوز التردد في إدانته، وأن خطابهم في قرار الإدانة يجوز تصحيحه أمام محكمة الاستئناف، فإن قرار الإدانة الصادر عنهم بعد ذلك، يعتبر باطلاً.

(٢) *Kentucky v. Stincer*, 482, U.S. 730 (1987); *Maryland v. Graig*, 497 U.S. 836 (1990).

المبحث السابعتشخيص الاتهامSpecificity of accusation

٨٦٣- يعتبر إخطار المتهم بالتهمة الموجهة إليه، واقعا في نطاق الحد الأدنى من الحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام، وأحد الفرائض التي تتطلبها المحاكمة المنصفة بشرط أن يكون هذا الإخطار قاطعا بطبيعة التهمة، وبأدلتها، وأن يصاغ في عبارة واضحة لا غموض فيها، وبلغة يفهمها أهلها.

ذلك أن المحاكمة جهد يبذل بين فرقاء من أجل تحقيق المسائل المتنازع عليها، وتقدير الحقيقة القضائية بشأنها في إطار من المنطق وحكم القالون. ويفترض ذلك أن يكون الاتهام واردا علي وجه التخصص، وأن يصاغ في عبارة مركزة، وأن يكون مدونا مشتملا علي كل واقعة تقوم بها الجريمة.

وغرض الاتهام موداه أن يجهل المتهم أبعاده، وألا يخطر بصورة ملائمة بمحتواه، فلا يكون كالفيا لتحديد الجريمة والمسئولين عنها.

ويعتبر الاتهام مؤلفا لشرط الوسائل القانونية السليمة إذا أحاط بعناصر الجريمة، ولو كان بالإمكان أن يصاغ بطريقة أفضل، ذلك أن مواجهة المتهم للتهمة، تفترض أن يحيط علما بها، وأن يفهمها بكافة أبعادها، وأن يعد ما يراه من أوجه الدفاع اللازمة لنفيها.

وشروط ذلك بطبيعة الحال ألا يفترض علمه بها، بل يكون هذا العلم يقينيا، وأن يصاغ بلغة يستوعبها أهلها دون إغراق في المفاهيم القانونية الحسرة أو مصطلحاتها المعقدة، وبما يحدد الجريمة المدعى بها من العناصر الزائدة عليها، أو التي لا قيمة لها، أو المتطوية علي التعميم، كالقول بأن المتهم ناصر خطأ" أيولوجيا مقبلا، أو عقد العزم على الإجرام يغيرها عوجا، أو عمل على هدم القيم العليا التي آمن المواطنون بها. إذ ليس في مثل هذا القول لإخطار بجريمة بذاتها ارتكبها، ولا هو (إعلان عن سببها بلغة يفهمها أوساط الناس^(١)).

ولا يفترض بالتالي التطابق بين المعاني التي أوردتها صحيفة الاتهام، وتلك التي يفهمها المتهم والمطوفون منها، إذا غرض أمرها وشق مضمونها عليهم.

وإنما يكون لكل منهم، ولكل واحد من المحلفين، تصويره الخاص في فهمها. فلا تكون حقيقة الاتهام مقطوعا، وإنما يتخبط أوساط الناس في معناه، ولا يتقون بالتالي علي مقاصده.

(١) بمصم تحديد سبب الاتهام، من محاكمة المتهم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها.

ولا يفيد ما تقدم، أن لكل تهمة قولها التي يتعين صحتها فيها، وإلما الأدق أن يقال بأن لكل جريمة أركانها، وأن الاتهام بالجريمة يقتضي بيان مكوناتها، ووجه نسبتها إلى المتهم. ذلك أن إلقاء شخص في السجن بغير حكم قضائي، لا يقل سوءا على حكم بإدانته بناء على تهمة شابهة الغموض، أو بناء على تهمة خلا عنها قرار الاتهام.

المبحث الثامن

الحق في إبطال الإقرار بالجرime

٨٦٤- يبطل كل إقرار بالجرime ينتزع قسراً، أو بالخداخ، أو بالإغواء. ذلك أن الإقرار في هذه الصور جميعها لا يعتبر إرادياً^(١).

وليس ثمة قاعدة جامدة تحدد الأحوال التي يبطل فيها الإقرار بالجرime. وإنما يتعين أن ينظر في تقدير صحة هذا الإقرار أو بطلانه، إلى كل حالة على حدة، فلا يكون صحيحاً إلا إذا تحرر من عوامل القهر جميعها، والتي يربط مناطق تحققها أو تخلفها، بنوع ونطاق المضغوط التي تعرض لها من أقر بالجرime، وما إذا كان قد قاومها أو لتسحق بأثرها.

ذلك أن الأصل في الإرادة، هو تحريرها من القيود غير المبررة. ولا يجوز بالتالي تحويلها أو حملها على غير وجهتها، أو للتأثير فيها بما يخرجها عن مقاصدها، ولا تحريفها عن طريق إكراه ينال منها بما يقوض الحالة النفسية التي كان المقر عليها وقت إقراره. لما للإقرار في هذه الصور جميعها-ولو لم يكن نتيجة تخريب- لا يد تعبيراً حراً عن إرادة واعية تدرك حقيقة اتجاهها. وإنما هي إرادة دلزها التواء يبطلها^(٢).

وببطل بالتالي كل إقرار بالجرime ينجم عن إغواء أو إغراء أو تهديد للشخص في عرضه أو ماله، أو ترويعه ببلأس السلطة وقدرتها على البطش به فلا يكون هذا الإقرار تعبيراً عن إرادة حرة لها سلطانها التي يكون بها المقر مدركاً حقيقة هذا الإقرار ومضمونه وأثره، شأن الإقرار بالجرime شأن غيره من أدلتها التي لا يجوز قبولها إلا وفق الوسائل القانونية السليمة.

٨٦٥- ولئن كان الأصل في رجال الشرطة وغيرهم من اللقائمين على تنفيذ القانون، أن تكون أفعالهم واقعة في إطاره، وكان حصولهم على إقرار بالجرime من أشخاص لا شأن لهم بها، موداه أن يظل جنائهم الحقيقيون بعيدين عن يد القانون^(٣)؛ وكان لا يجوز للقائمين على تنفيذ القانون أن تكلفهم رغبتهم في مطاردة الجناة، إلى الإخلال بحقوق الأبرياء، ولا إدنر كرامتهم وحقهم في الحرية، عن طريق انتزاع إقرار منهم يدينهم بجرime لا صلة لهم بها؛

(١) Developments in the law- confessions, 79 Harv. L. Rev. 935, 954- 59 (1966).

(٢) Chambers. V. Florida, 309 U.S. 227 (1940).

وقد قضى في هذه القضية بأن خمسة أيام من الأسلة المتصلة لتكليه لقبض بغير إذن والمقترن باحتجاز أنزل فيه الشخص عن آخرين، تبطل إقراره.

(٣) Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959).

وكان من المقرر قانوناً أن القواعد المعاصرة لتطور العدالة الجنائية وإدارتها، يؤذيها إيقاع المتهمين في ضغوط نفسية أو بدنية تنهار بها إرادتهم، فلا يملكونها؛ وكان على النيابة بوصفها سلطة الاتهام أن تقيم بنفسها، وبما هو مشروع من الوسائل، الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى من تتهمهم بارتكابها، فقد تحين أن يكون موقفها من الجريمة محايداً، وأن يكون الدليل عليها قائماً على مصادر لها معيها من الأوراق، ووالها في إطار حكم الدستور والقانون. فإذا نجم هذا الإقرار عن إكراه، بطل بكل آثاره، ولو كان مطابقاً للحقيقة في كل أجزائها.

٨٦٦- وإذا كان هو تساند أدلة الجريمة فيما بينها وتضاد حقائقها لنشد بعضها أزر بعض أصلاً في المواد الجنائية، فقد تعين نقض حكم الإدانة إذا تكرر الخل لأحد الأدلة التي قام عليها قضاء الحكم، ولو كانت الأدلة الباقية بعد استبعاد الدليل الباطل، كافية في مجموعها لحمل هذا الحكم.

The credit and weight of the voided evidence.

٨٦٧- ويخذ إكراه المتهمين على الإقرار بالجريمة، صوراً شتى يدرج تحتها تعذيبهم؛ أو ضربهم أو تعذيبهم من أرجلهم؛ أو إغراقهم بالمياه؛ أو تهديدهم بما يخيفهم في أنفسهم أو أموالهم، أو تعريض ذويهم لمخاطر لها بأسها؛ أو إرهابهم بضغوط عقلية Mental أو نفسية لا قبل لهم بتحملها^(١)؛ أو تعذيبهم؛ أو حلقهم بأوصال تعطل إرادتهم، أو تصور لهم الأمور على غير حقيقتها؛ أو إسكارهم بقصد التأثير على وعيهم Drug-induced statements؛ أو بحزلهم نهائياً عن الاتصال بأصدقائهم أو بمحاميين يخفون لجنحتهم، أو ترويعهم؛ أو استجوابهم مدداً طويلة، وبصورة متلاحقة^(٢) Prolonged Interrogation.

كذلك يبطل الإقرار بالجريمة إذا صدر عن مختل عقلياً؛ أو عن شخص غير متوازن عاطفياً؛ أو عن ناقص للأهلية لا يقدر للأمر عواقبها؛ أو بعد مواجهة المقر بأدلة تم التحصل عليها بطريق غير مشروع.

(١) ومن بين الضغوط العقلية -وهي أحياناً أسوأ لآراء من الإذناء البدني- أن يودع المشتبه فيه أو المتهم في زنزلة مع جثة المجرى عليه.

كذلك فإن الشخص الذي يحزل عن كل دم من أصدقائه وأقربائه فلا يحظى بمساندتهم الأبية، ويعرض لأزمة مطولة، ويجهل حقوقه، يقع تحت ضغوط نفسية لا تقل سوءاً عن التعذيب البدني

Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 199 (1966).

(٢) Askcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944); See also, Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

٨٦٨- وليس ثمة معيار عام يتحدد على ضوءه أحوال بطلان الإقرار بالجريمة، وإن تعين أن يؤخذ في هذا الشأن بكافة العناصر التي تلابس الإقرار وتحدد ظروفه. ويوجه عام يبطل الإقرار إذا صدر عن شخص بفعل ضغوط مارستها السلطة قبلهم؛ أو كائن لطغيان قوتها عليهم؛ أو بعد تقربها منهم واستمالتهم إليها، والتظاهر بتعاطفها معهم.

ويتعين به دوماً أن توازن الضغوط التي تعرض المقر لها، بقدرة المقر على تحملها للنظر في صحة أو بطلان إقراره^(١). ويدخل دائماً في تقدير الإكراه، من المكروه ودرجة ذلك، وإن جاز القول بأن مجموع الظروف التي تحيط بالإقرار The totality of circumstances، هي التي تحدد لوجه بطلانه أو صحته^(٢). ويدخل في هذه الظروف، القبض غير المشروع على المقر والحبس المنزول وحرمان المقر من الاتصال بمحام، ومنعه من الاتصال بأسبقائه، واستعمال طرق احتيالية للحصول على الإقرار.

٨٦٩- على أن الإقرار بالجريمة وإن افتزع عنوة وبطل بالتالي، إلا أن إقراراً لاحقاً بارتكابها تجرد من الضغوط على اختلافها، قد يؤخذ به باعتباره صادراً عن إرادة حرة لا عوار فيها. ويفترض ذلك أن يكون الإقرار لللاحق نقياً من كل صور القهر التي يحمل بها المقر على ما لا يرضاه.

إذا تأثر المقر في الإقرار لللاحق، بأجواء الفزع التي عايشها في الإقرار الباطل، بطل هذا الإقرار بدوره. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان الإقراران الأول والثاني قد تعاقبا خلال فترة زمنية قصيرة يرجح معها القول بأن الإقرار الثاني بالجريمة، ما كان ليصدر لولا أن المقر لا زال يتخيل صور القهر التي تعرض لها لاكتزاع إقراره الأول بها، فلا يصفو ذهنه منها، وإنما تطارده عوامل القهر السابقة بأهوالها وأشباحها وعمق وطأتها، ومخاطر فرضها من جديد.

فلا يكون الإقراران المتتابعان غير نتائج عملية واحدة، بدلتها السلطة بطغيانها لتعطل إرادة المقر، ولتهنتها بأصداء أشكال القهر التي بشرتها من قبل، وتداعياتها الخطيرة.

(١) ما يكون مؤثراً في شخص ضيف الإرادة، قد يكون عديم الأثر في مواجهة مجرم محترف إلا أن وجهة النظر هذه يناقضها أنه حتى لو كان الجاني محترفاً، إلا أن الظروف التي يدلى فيها بالإقرار، والتي تعطل إرادته بصورة غير منصفة The unfair and coercive context هي التي يجب التذيل عليها.

Hayness v. Washington, 373 U.S. 503 (1963).

(٢) Gallegos v. Colorado, 370 U.S. 49 (1962); E. g. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966).

ويتعين بالتالي أن ننظر إلي الإقرارين باعتبار أن ثانيهما ليس إلا اتصالاً بأولهما، وأنهما نتجا معاً عن العوامل المؤثرة ذاتها التي قام عليها بطلان الإقرار الأول بالجريمة.

وهو ما يعطي قيام قرينة قضائية موداهما أن ذهن المقر بالإقرار الثاني كانت تختلط فيه الضغوط التي أفرزت الإقرار الأول؛ وأن الإقرارين بالتالي ولعين في إطار عوامل القهر ذاتها وإن كانت مباشرة في أولهما، وغير مباشرة في الإقرار للآخر.

٨٧٠- وكلما بطل الإقرار بالجريمة لصدوره عنوة أو تعديلاً، فإن كافة الأدلة التي أعان هذا الإقرار على كشفها، تبطل كذلك.

ولا يجوز بالتالي أن يؤسس عليها حكم بالإدانة، حتى لا يكافأ القائلون بالعمل العام على ترديهم في مخالفة القانون من خلال انتزاعهم لإقرار باطل بالجريمة، ثم الحصول بعدئذ على ثماره. ذلك أن الشجرة المحرمة لا تنتج غير ثمار فاسدة لا يجوز أكلها.

والأدلة الباطلة يتعين قمعها، سواء كان بطلانها متأتياً من تأسيسها على إجراء باطل، كالتحصل عليها بناء على إذن باطل بالقبض أو التفتيش؛ أم كان هذا البطلان قد نجم مباشرة عن تصيدها بوسائل غير قانونية، كالأدلة التي تم اصطناعها بالتزوير؛ أو بوسائل غير آدمية تصادم الضمير الجمعي^(١). كضخ مادة طبية في معدة إنسان Stomach Pump للحصول منها على أقراص المورفين التي كان قد ابتلعها، حتى لا يقبض عليه متلبساً بإحرازها. ذلك أن النية - حتى ظل للنظم الاختصاصية للحالة الجنائية Accusatorial and not inquisitorial system - يتعين عليها أن تؤمن دليل الجريمة استقلالاً عن كل الضغوط وانفصالاً عنها، حتى يكون للدليل ثمره جهد مشروع^(٢).

(١) ولا كذلك أخذ عينة من دم شخص بواسطة طبيب حتى يثق القائلون بالتحقيق في حادثة تصادم مثلاً على ما إذا كان قائد السيارة التي تسببت في الحادث، مخموراً وقت قيادته لها.
(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

المبحث التاسع

صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي

٨٧١- لا يجوز في إطار الاتهام الجنائي، مخالفة شرط الوسائل للقانونية السليمة، وعلى الأخص من الفلوي الأتية:

* أن يذان المتهم بناء على قرينة قانونية يفرضها المشرع بصورة تحكمية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية، أنها عملية عقلية منطقية يجريها المشرع كي يستخلص واقعة مجهولة من واقعة معلومة قام الدليل عليها. ويفترض لجواز الاحتجاج بالقرائن للقانونية في المجال الجنائي، أن تقوم بين هاتين الواقعتين صلة منطقية تتحدد على ضوء الخبرة العملية، لا من منظور مجرد.

إذا لم تكن صلة بين هاتين الواقعتين، أو كانت صلة واهية، بطل الأخذ بالقرينة القانونية شأنها في ذلك شأن القرينة القضائية التي يتحدد مضمونها على ضوء المفاهيم الراجعة عملاً، وإن كان المشرع في القرينة القانونية هو الذي يصوغ حكمها؛ وللقاضي في القرينة القضائية هو الذي يستخلصها. لتتمحض القرينة في هاتين الصورتين عن استنباط للواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة في إطار من المنطق وحقائق الأشياء التي تزخر بها الحياة للعسيلة^(١).

* لكل منهم في جنابة حق الظهور بنفسه أمام المحكمة، ليس فقط لمواجهة شهوده، ولا لمجرد التعليق على أدلة الاتهام ومحاولة نفيها، وإنما أصلاً لبناء خط دفاع يسقط التهمة من أساسها من خلال تعظيم ثغراتها، ولو كان محاميه حاضراً.

* لا يجوز في أية حال أن يقيم المشرع الجنائي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها Irrefutable presumption، ليفترض بها- بصفة نهائية لا تقبل الجدل - نطق واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها^(٢).

* تتحدد ضوابط المحاكمة المنصفة على ضوء معطياتها التي أقرتها الأمم المتحدة، وبما يوفر للقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وسائل حمايتها.

(١) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Manley v. Georgia, 279 U.S. 1 (1929); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

(٢) Stanely v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

• الحكم في الخصومة الجنائية هو نهائية مطلقا، ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على أفعال لا يجوز تجريمها، أو على دليل غير جازم القبول، أو لم يكن كافيا للتكليف على التهمة وفق أركانها التي حددها المشرع.

• لكل منهم -ولو قبل محاكمته- الاتصال بمحاميه وبشهوده، وبأوراقه التي يقدر اتصالها بالاتهام، وإنتاجها في نفيه.

الفصل التاسع

ضوابط تفسير النصوص الجنائية

٨٧٢- تؤثر النصوص الجنائية في الحرية الشخصية، وكذلك في حقوق الملكية، وتتل من الحق في الحياة.

وكل تأويل لها بما يخرجها عن الدائرة التي قصد المشرع إلى حصر تطبيقها في نطاقها، يشوهها ويخرجها عن حقيقة المقاصد التي ابتناها المشرع منها، ويعطيها غير المعاني التي أقام عليها هذه النصوص.

٨٧٣- ومن ثم كان تفسير النصوص الجنائية، مقتضيا تحريا في حقيقة معانيها، وبيانا جليا للسياسة التي اختطها المشرع في شأنها، وقلما على ضوابط مطلقة أهمها:

(أ) أن النصوص الجنائية تقوم على القهر من خلال العقوبة التي تفرضها، ولا يجوز تطبيقها بطريق القياس على أحوال لم تشملها هذه النصوص.

ويتمن بالتالي حصرها في دائرة تطبيقها التي قصدها المشرع، وأن يتم تفسيرها في حدود ضيقة، ما لم يكن من شأن هذا للتفسير تقرير طول ثباتها حقائق العلل وترفضها.

ذلك أن سلطة فرض العقوبة الجنائية لا يملكها إلا المشرع، ويبدد وحده أن يؤثم الأفعال التي يقدر خطورتها، وفي الحدود التي يراها، وبما يوفر للمخاطبين بها، إخطارا كافيا بمضمونها يعرفهم بحقيقة الأفعال التي نهام عنها وكذلك بتلك التي طلبها منهم.

ولا يجوز بالتالي تحريفها من خلال فرطتها وتطبيقها على أحوال لا تسعها، وإلا كان ذلك إحدائا لجرائم لا يعرفها المشرع، أو يقصد إليها، وتقريرها لصور جديدة من الجزاء لم ينص عليها.

ب) يؤثم المشرع من خلال التجريم سلوكا يراه غير مقبول إذا أتاه الخاضعون لأوامره. وهو يعبر بذلك، ومن خلال عباراته التي يصوغها في سياق معين، عن مظاهر سلوكهم التي يرفضها وتلك التي لا يمنعها.

ويجب بالتالي أن تعطي كل عبارة تضمنها نص جنائي، دلالتها، فلا تحمل قسرا على غير المعنى المعتاد لها، أو بما يفصلها عن عبارة أخرى تتكامل معها.

ومن ثم لا يجوز تأويل عبارة بما يحور معناها، أو يرهق دلالتها، أو يخرجها عن سياقها، أو يفصلها عن أجزاء تتضام معها، أوليها بما يجاوز حقيقتها، ما لم يكن المعنى

المعتاد العبارة في سياقها الواردة فيه، مناهيا مقاصد المشرع منها، إذ يجب عندئذ حملها على الأغراض التي توخاها.

(ج) يتعين أن يعطى للكلمة عينا -يرفض للنظر عن موضعها من النصوص الجنائية التي ترددها- تفسيراً واحداً، ما لم يكن للكلمة الواحدة في سياق معين -عربي ضوء الأعمال التحضيرية- معنى مغايراً لها في سياق آخر، ويشترط أن يؤخذ -ولمصلحة المتهم- بالمعنى المغاير.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا متى أورد المشرع مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين، وجب صرفه إلى هذا المعنى في كل نص آخر يردد ذلك المصطلح^(١).

(د) يتعين أن يتقيد القاضي بعناصر الجريمة في الصورة التي أخرجها المشرع بها، ما لم تكن هذه الجريمة مجرد ترميد أو تقنين لنص سابق عليها، وكان هذا النص متضمناً عنصراً إضافياً لهذه الجريمة. إذ يتعين عندئذ أن يؤخذ في تحديد مفهوم تلك الجريمة بعناصرها القائمة، وكذلك بتلك التي أغفل المشرع بيانها؛ كلما قام الدليل من قرائن الأحوال على أن المشرع لم يقصد إلى إجراء تغيير في نموذجها السابق.

(هـ) إذا كان النص الجنائي غامضاً، تعين على القاضي أن ينظر إلى السياسة التشريعية التي صدر هذا النص على ضوءها، أو التي انطلق منها؛ وأن يأخذ كذلك بمفاهيم القانون العام في مصطلحاتها وتعريفها ومبادئها، وأن يجريها على هذا النص ليزيل خفاء معانيه، ويشترط أن يفسر لمصلحة المتهم كل غموض في مقاصد المشرع يؤثر شكاً معقولاً حول حقيقتها.

(و) وقوع تغيير كبير في تعبيرين حواهما جزآن مختلفان من قانون واحد، مؤداه أن المشرع قصد أن يعطى هذين للتعبيرين معنيين متغايرين.

(ز) جواز تأويل عبارة النص -مع وضوحها. ذلك أن العبارة الواضحة لا يجوز تحريفها لأنها تستبعد ما عداها.

(ح) كلما حدد المشرع أحوالاً بعينها استثنائها من مجال سريان نص جنائي، فإن إلحاق غيرها بها، يكون محظوراً.

(١) القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩١/٤/٦ - قاعدة رقم ١/٣٩ - ص ٣٢٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ط) مبرين النصوص الجنائية في أحوال بعينها، لا يلحق غيرها بها، إلا إذا نص المشرع على تطبيقها في الأحوال التي حددها، وكذلك في غيرها مما يندرج تحتها. ويتعين عدل أن تكون المسائل المدرجة في عموم المسائل التي حددها، من ذات طبيعتها، وأن تشملها كذلك مقاصد التجريم التي عاها المشرع.

ي) لا يجوز تفسير النصوص الجنائية على نحو ينقل عناصر الجريمة -في مجال إثباتها- من النيابة العامة إلى المتهم.

ك) لا يجوز أن يستخلص القاضي من قراءة النصوص الجنائية، قرائن لا وجود لها فيها، وإنما يتعين لجواز الأخذ بها، أن يكون المشرع قد صرح بها وبسطها بمفاهيم منطقية.

٨٧٤- وضوابط تفسير النصوص الجنائية هذه، غايتها ألا يتخذ القاضي من للتفسير منفلاً لمسئله من خلال مط كلمتها وفرطحتها حتى تنداح إلى غير دائرة الأعمال التي قصد المشرع إلى تأكيدها، وما يناقض مقاصده من التجريم، ويتحضر في النهاية عدوانا على الشرعية الجنائية التي لا يجوز معها فرض جريمة ولا تقرير عقوبة، ليس لها أصل في قانون^(١).

(١) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal law, 1978, pp. 63- 65.

الفصل العاشر

الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الإتهام الجنائي

٨٧٥- يحتجز المحرفون عقليا، والمضطربون عاطفيا، والمصابون بالصرع، والشابقون أو الموهوسون جنسيا في أماكن إرعايتهم بقصد احتوائهم والسيطرة على أفعالهم. ويتم حرمانهم من حريتهم وفقا لنظم مدنية لا جنائية تتواءم لهم فيها الحماية التي يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة.

ولقد يودعون في هذه الأماكن مددا أطول من تلك التي يقضيها الأسوأ في السجن جزاء الجرائم ذاتها.

ويتعين بالتالي ألا تعرضهم هذه النظم لمخاطر غموض أحكامها، واتساع معانيها، وتعدد معاييرها واضطرابها، ليطبقها القائمون على تنفيذها بصورة انتقائية، ويبد تحكيميا تختار بنفسها ما تراه من الضوابط التي تخضعهم لها، بما يعجز السلطة القضائية عن مراقبتهم فيها، بالنظر إلى غلو النظم التي يطبقونها من خاصية اليقين التي تنسبط على كافة أحكامها، وتحدد محتواها.

ويزيد من خطورة هذه النظم، أن دائرة تطبيقها، عريضة في اتساعها، لأنها تشمل السيكيوباتيين، والمصابين بوهن في قدراتهم العقلية، والعاجزين عن السيطرة بأنفسهم على أفعالهم، والمضطربين عاطفيا أو جنسيا، والذين اعتراهم عارض يمنهم من حسن تقدير الأمور والنظر في عواقبها، وبوجه عام الذين يرجح على الظن، مخالفتهم لقيم الجماعة واختلافهم تقاليدها لعوارض عقلية أو نفسية.

لهؤلاء جميعا قد يتقرر إيداعهم في أماكن ترعاهم وتسد تاهيلهم وتراقبهم في خطاهم، وتقوم انتفاع نزواتهم.^(١)

وبوجه خاص كلما كان ملوكهم دالا على رجحان اللاتهم بنينا أو عصيا أو جنسيا، وتؤهبهم على آخرين، وهم لا يدركون حقيقة أفعالهم.

٨٧٦- ولأن خاصية اليقين شرط في القوانين الجنائية التي يطبقها المشرع على الأسوأ، فإن سرياتها في شأن المعوقين في قدراتهم العقلية والنفسية، لا يقل أهمية، وربما كان أعمق ضرورة.

(١) Jackson v. Indiana, 406 U.S. 715, 723 (1972); Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

ويتعين بالتالى تقرير معايير واضحة وصارمة تجزم بالأشخاص الذين لا يستطيعون التحكم فى تصرفاتهم بغير كبحهم فى أماكن تأويلهم، وأن تبين كذلك شروط إيداعهم فيها، وقواعد معاملتهم، وتعيين أوصياء عليهم، لضمان حماية حقوقهم التى كفلها الدستور. وهي حقوق يندرج تحتها حظر إقامتهم جبراً فى هذه الأماكن، بغير سماح أقوالهم، وتولى محام موكل من قبلهم، مهام الدفاع عن حريتهم فى مواجهة خطر تقييدها مدداً طويلة قد تستغرق حياتهم بكاملها.

٨٧٧- ولا يجوز فى أية حال إيداعهم فى مكان ماء، قبل أن تخطرهم الجهة المختصة بعزمها على بدء إجراءاتها فى شأن احتجازهم به أو إطلاق سراحهم، حتى يتحيطوا من احتمال تقييد حريتهم أو تعطيلها إذا صدر الأمر باحتجازهم فيها.

فإذا تم إيواءهم بها بعد سماح أقوالهم، وتحقيق دفاعهم، ومواجهة كافة الأدلة المؤيدة لتعطيل حريتهم -ولفنية منها بوجه خاص- ظل من حقهم وفقاً للدستور، الاتصال بذويهم وبأصدقائهم وبمحاميهم وبغيرهم، ومخاطبتهم برسائل لا تجوز مراقبتها، وإن جاز حرمانهم من حق الاقتراع، ومن تولى العمل العام، ومن العضوية فى هيئة المحلفين.

وقارن هذا التطور فى مفاهيم الوسائل القانونية السليمة التى لا تجوز اعتقال حريتهم دون ما ضرورة تقوم أسبابها من عوارض حقيقية تحيط بهم، ويفقدون بسببها إرادة الفعل أو الامتناع، الإيمان بضرورة اتخاذ التدابير الملائمة التى تتطلبها علاجهم من الأمراض العضوية والنفسية التى يعانون منها -ليس تقصلاً- وإنما كحق متكامل الأركان، يتوخى مواجهة أوضاعهم هذه، بما يصححها، ويرد عنهم -على الأكل- احتمال تدهورها.

وجاز بالتالى للجنة التى تأويلهم -ومن خلال إشرافها عليهم- أن تكلفهم ببعض الأعمال التى لا تسوء بها أوضاعهم، ولا يصل إرهابها إلى حد الإخلال بالمعايير الإنسانية التى تحفظ آدميتهم وكرامتهم، والتى لا يجوز تحريفها عن وجهتها، ولو من خلال أجر يقابل هذه الأعمال.

فإذا قام الدليل على أن إيداعهم فى أماكن إيواءهم، كان بغير حق، أو صدر من جهة لا ولاية لها، أو اتصل بإجراءاتها خطأ لا يغفر، فإن الإقراج عنهم يكون واجباً. ذلك أن إيداعهم فى تلك الأماكن، مؤداه احتجازهم بها بالمخالفة للقانون.

فإذا كان هذا الاحتجاز مخالفاً لابتداء لأحكامه، أو كان قد تم أصلاً وفقاً للقانون، ثم طرأ عارض أدى لزوال سنده، كأن استعاد المحتجز قواه العقلية، لم يعد ثمة مسوغ لإبقائهم في تلك الأماكن.

٨٧٨- وإذا كان الإيداع في أماكن الإيواء يتم وفقاً لنظم مدنية، فإن الجرائم التي يقارنها المحتجزون السابقون بعد إطلاق سراحهم، تجزئ احتوائهم من جديد في هذه الأماكن، إذا ظل الخلل في قدراتهم عوارضهم للعقلية والنفسية متصلاً بهم. فإذا كان قد زال أثناء ارتكابهم الجريمة، كان للدولة أن تعاقبهم جنائياً عنها. ولا يعتبر ذلك عقاباً لهم عن الفعل الواحد أكثر من مرة. ذلك أن الإيداع الأول تم وفقاً لتنظيم من طبيعة مدنية. ولا كذلك فرض الجزاء الجنائي أكثر من مرة عن الجريمة عينها، إذ يفترض هذا الجزاء توقيعه بالوسائل القضائية ووفق نظم جنائية بطبيعتها.

٨٧٩- ويجوز كذلك أن يودع المدمنون تعاطي المواد المخدرة Drug Addicts، أو المهندون بخطر الإدمان على تعاطيها، إذا كانوا قد اعتادوا استعمالها، في أماكن تأويهم لعلاجهم من مخاطر الإدمان واحتمالاته. ويفقد هؤلاء الأشخاص حريتهم بإيداعهم جبراً عنهم في الأماكن التي تأويهم، وعلى الأخص إذا كان علاجهم من الإدمان ومفاطره، يتم وفق برامج جبرية لا ترخص فيها، وتتضمن بقاءهم في الأماكن التي يحتجزون بها فترة قد يصل مداها إلى ما يزيد على الحد الأقصى لعقوبة الجريمة التي ارتكبوها قبل إيداعهم. وقد تطول مدة الإيداع، ولو لم يكن ثمة جريمة وقعوا فيها.

وسواء تم الإيداع بقرار قضائي، أو بقرار من الجهة الإدارية، فإن النظم المدنية -لا العقابية- هي التي تحكم هذا الإيداع، بما لا إخلال فيه بالحقوق التي كفلتهاصوص الدستور لهم، سواء في السجون أو في غيرها من أماكن إيوائهم.

وهي حقوق يندرج تحتها الحق في سماع أقوالهم، وحضور محامين للدفاع عنهم بعد إخطارهم بحالتهم وإمكان زجهم في هذه الأماكن.

وكذلك الحق في عدم جواز حملهم على الإقرار بأن شروط الإيداع بها متوافرة فيهم. فضلاً عن الحق في استدعاء شهودهم، وكذلك مواجهة الشهود الذين يشهدون ضدهم، بما يتعارض حججهم ويبطلها.

٨٨٠- وشأن من تردوا في إدمان المواد المخدرة، شأن من اعتادوا تعاطي الكحول مدداً استمرّالاً منها Habitual Drunkards.

ذلك أن مجرد انغماسهم في شربها، وتحولهم بسببها إلى مستعدين لها لا ينصرفون عنها، لا يحيلهم إلى مجرمين مسؤولين عن أفعالهم، بعد أن صار إيمان تعاطيهم لها لمطاً ثابتاً في حياتهم، وحالة مرضية تحيط بهم Addicted to the use of narcotics، دون أمل في النجاة منها Chronic Alcoholism إلا بعلاجهم في أماكن تهيأ من خلالها، فرص إعادتهم أسوياء، لا يهدنون الآخرين بأفعالهم التي لا يملكون السيطرة عليها. ويتعين بالتالي أن يحدد المشرع ربما لا تجهيل فيه- من يزج بهم في هذه الأماكن.

فلا يعتبر الشخص مدمناً للكحول إذا ظل بعد تعاطيه، مسيطراً على قواه العقلية، قادراً على النظر في أحواله، مدبراً شؤونه العقلية بما يكفل صون مصالحها، ولو هدد غيره بشر، أو ولجبه بحدوث.

ذلك أن الاحتجاز في هذه الأماكن، لا يرتبط بكون من يودع فيها مرتكباً لجريمة ولا بدرجة خطورتها، وإنما يتحدد المودعون بها على ضوء قدر سيطرتهم على أفعالهم ، ودرجة خطورتهم على من يتصلون بهم، أو يتعاملون معهم.

وإذا كان الأصل في الناس جميعهم أن أمهاتهم ولدتهم أحراراً، فإن إرهاب حرمتهم -وهي الأصل- من خلال إيداعهم في أماكن تعزلهم عن الآخرين، وحتى عن الاتصال بذويهم أحياناً، لا يجوز إلا لضرورة، مناطها إفراطهم في استعمال الكحول بما يجاوز حدود الاعتدال، وترديهم في شربها بغير انقطاع، وإفراطهم السيطرة على أفعالهم بمجرد تناولهم الخمور التي تنعصر قواهم العقلية، بما يجعلهم خطرين حتى على أنفسهم.

وإذا كان للدولة أن تقيهم من ضرور أنفسهم، وأن تؤمن الآخرين كذلك من مخاطر حالتهم، وفق قواعد ملائمة لا تقوم على التحكم؛ ولها خصائص للقواعد المنصفة وضماناتها، فإن عليها أن توفر لهم فرص سماع أقوالهم قبل أن تقرر اجتيازهم جبراً، وألا تصدر قراراً بليوالتهم في مصحاتهم العلاجية، إلا على ضوء دلائل لها من قوة الإقناع، ما يرجح لديها تضاول أو انعدام قدراتهم -صورة مستفظة- على السيطرة على أفعالهم.

٨٨١- وعلى ضوء ما تقدم، نفترض صور إيداع الأشخاص جبراً في مكان مأمون، أنهم عاجزون عن السيطرة على ملوكهم، وأنهم خطرون على أنفسهم وعلى الآخرين. ولا يناقض هذا الإيداع -وهو من طبيعة مدنية- أحكام الدستور كلما تم وفق قواعد إجرائية ملائمة، وعلى ضوء دلائل تتصل بحالتهم هذه وتثبيتها.

ولا يعارض هذا الإدعاء كذلك -وهو ليس عقاباً جنائياً- ضوابط الحرية المنظمة التي لا يجوز وصفها بالإطلاق. ذلك أن حرية الأبدان، وإن كان يكفلها شرط الوسائل القانونية السلمية بما يرد الدولة عن التحكم فيها بأوامرها ونواهيها، إلا أن هذه الحرية لا يكفلها انسحابها بغير عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولو كان مبرراً. بل هي حرية مقيدة حتى في إطار نظم الإدعاء المدنية في طبيعتها.

ولازمها ألا يباشر الناس حرياتهم وكأنهم وحوش كسرة، وإلا تتطرق نزواتهم وكان فيضها عصيان لا يرد. وإنما الحرية الحقيقية هي التي يجوز تقييدها في زمن دون آخر، والحد من إطلاقها في أوضاع بعينها دون غيرها^(١). لذلك وحده هو الطريق إلى الحرية المنظمة التي تكفل الأخير العام للناس في مجموعهم.

٨٨٢- ولا يجوز بالتالي أن يحتجز أشخاص في أماكن تحتويهم لمجرد إتيانهم لأعمال سابقة أيا كان قدر خطورتها أو فعولها. ذلك أن سابق سلوكهم لا يشي بالضرورة بتصرفاتهم المقبلة. وإنما يرتبط احتجازهم في أماكن تحتويهم، ليس فقط بتصرفاتهم السابقة المعيبة، وإنما كذلك بحالتهم العقلية القائمة التي تعيد تطرق اللخل إلى تماسكهم، وقدرتهم على السيطرة على أفعالهم، لتكون حالتهم هذه كاشفة عن حقيقة تصرفاتهم القديمة، ومنبئة عن رجحان تكرارها إذا لم يجر احتجازهم جبراً عنهم وراء جدران مغلقة. ومن ثم لا تبرز الخطورة الإجرامية وحدها هذا الإدعاء. وإنما يتعين أن تقوم إلي جانبها حالة عقلية غير سوية Mental abnormality يضطربون بسببها عاطفياً Emotionally disturbed أو يتخللون عقلياً، أو تنفسم شخصياتهم، أو تصيبهم بعمامة الجلون.

٨٨٣- وتنفرد للنظم الجنائية، نظم الإدعاء المدنية التي لا تخشى ردع من يودعون فيها، ولا التلؤ منهم، ولذلك من وجهين:

أولهما: لأنها لا تؤاخذ من يحتجزون بها وتكتنهم بناء على سابق إجرامهم، ولكنها تركز على حالتهم العقلية، وشايفتها بما يتصور أن يأتوه في مقلب الأيام من الأعمال. وهي بذلك نظم غير انتقامية تقيم صلة منطقية بين ولوغهم من قبل في الجريمة، وحالة عقلية تقوم بهم وقت النظر في إيداعهم في أماكن لاحتوائهم، ليتضام هذان العنصران في تبرير إيداعهم جبراً عنهم في هذه الأماكن.

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11,26 (1905).

ثانيهما: أن الأشخاص الخاضعون لنظم الإيداع المدنية، يعانون من عوارض عقلية أو نفسية، تمنعهم من السيطرة على تصرفاتهم. ومن غير المحتمل أن يردعهم تهديد باحتجازهم؛ ولا أن يكون عقابهم هدفاً ملحوظاً للدولة بالنظر إلى الأوضاع النفسية والعقلية التي تردوا فيها، ولا دخل لإرادتهم بها.

ولئن صح القول بأن إيداع الدولة لهؤلاء في مؤسساتها، يقتضى فرض بعض القيود عليهم، إلا أن كل قيد ليس بالضرورة عقاباً جنائياً^(١). ذلك أن التدابير القسرية التي تحيط بالأشخاص الخطرين عقلياً The dangerously mentally ill تعامل منذ القدم كتدابير غير جزائية. ومن ثم لا يتمحض عقاباً، احتجازهم مدداً طويلة. وإنما يرتبط هذا الاحتجاز -وبغض النظر عن طول مدته أو قصرها- بما يكون ضرورياً لإبقائهم بأماكن إيداعهم حتى تعود حالتهم إلى سوائها، فلا يهددون أنفسهم أو الآخرين.

وكان منطقياً بالتالى ألا يقرر احتجازهم فى هذه الأماكن لمدة محدد سلفاً. إذ يقولون فيها ما يبرحوا خطرين، وبافتراض أن مدد إقامتهم هذه، ترجعها لجان من أهل الخبرة بقصد تقييم حالتهم للتحقق من استمرار أو زوال خطورتها.

٨٨٤- وتظل لهذه النظم طبيعتها المدنية، ولو استعار المشرع بعض إجراءاتها وضماناتها من النظم الجنائية.

ذلك أن النظم المدنية، تعتبر كذلك على ضوء أغراضها. ولا تحيلها بعض القواعد الجنائية التي تطبقها، إلى نظم جنائية. وإنما تتوخى القواعد التي تأخذها من هذه النظم لتطبيقها عليها، حصر دائرة المخاطبين بها فى دائرة الأشخاص الذين لا يملكون السيطرة على تصرفاتهم، وهي دائرة ضيقة بالضرورة تقتضى تقييماً متواصلًا لحالتهم.

والقول بأن لعدم وسائل علاجهم فى أماكن احتجازهم، أو عدم ملامتهم لحالتهم، يشبههم بالمذنبين الذين يستحقون عقاباً، مردود بأن علاجهم قد يكون مستعصياً من زاوية طبية. وحتى يفرض التقصير فى علاجهم، فلن عزلهم عن الاتصال بالجمهور من خلال احتجازهم فى تلك الأماكن، يعتبر هدفاً رئيسياً لنظم الإيداع التي تقيد حريتهم ما فتئوا خطرين.

ومن غير المنطقي أن يكون علاجهم من أسقامهم شرطاً أولياً يتعين أن يتحقق قبل إيداعهم جبراً عنهم فى هذه الأماكن؛ ولا أن يكون للتصور فى وسائل علاجهم أو تخلفها، مقتضى الإخراج عنهم بعد الإيداع. ذلك أن علاجهم من أمراضهم ليس إلا هدفاً جانبياً يقوم إلى

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

جوار الأغراض الرئيسية لنظم الإيداع، ممثلة في أن يظل المحتجزون في هذه الأماكن، بيد الدولة التي تعزلهم عن الاتصال بالآخرين، ومنعهم من الإضرار بأنفسهم^(١).

٨٨٥- وللقول بأن المحتجزين في أماكن إيوائهم قد أصابهم من قبل عقوبة الجريمة التي ارتكبوها، وأن تقييد حريتهم في تلك الأماكن، هو اتهام آخر، وجزاء ثان عن هذه الجريمة ذلتها، مردود بأن الطبيعة المدنية لهذه النظم، وتحريكها لإجرائتها في مواجهة الخطرين، ليس اتهاماً ثانياً ولا عقاباً جديداً عن فعل سابق، ولو كان الإيداع ثانياً لاستيفاء مدة العقوبة المحكوم بها. وليس أدل على مدنية هذه النظم من أن الأشخاص المخاطبين بها يودعون وفقاً لأحكامها بناء على حالتهم الخطرة التي تستلزم مناطق تطبيقها، والتي لا شأن لها باكتمال القصاص عن جرائمهم السابقة، ولا بتزديدهم فيها قبل إيداعهم.

فضلاً عن أن نظم الإيداع المدنية لا تنشئ جريمة تفلتن عناصرها بمناصر الجريمة التي أدبى عنها من قبل من احتجز وفقاً لهذه النظم، ولا تحركها بالضرورة سوى كافة أحوالها- جريمة أو جرائم سابقة ارتكبتها المحتجز.

ولكنها تعتمد على الجريمة السابقة، أو على صدور اتهام بها، لنقرر ما إذا كان المدان أو المتهم بارتكابها، مضطرباً نفسياً أو معوجاً عقلياً بما يشكل تهديداً له ولغيره.

٨٨٦- كذلك لا تجرم نظم الإيداع هذه فعلاً كان مباحاً قبل تطبيقها، ولا تقرر بالتالي جزاء جزائياً رجحاً على هذا الفعل. فضلاً عن أن حظر الرجعية ينص في الدستور، لا يتعلق أصلاً بغير القوانين الجنائية^(٢).

(١) Witte v. United States, 515 U.S. 389 (1995).

(٢) See Kansas v. Handricks, decided by United States Supreme Court on June 23, 1997.

الفصل الحادي عشر

الحماية القانونية المتكافئة للحق في الحياة

The sight to

٨٨٧- ينال الحق في الحياة زوالها أو إزهاقها بغير حق. وللناس جميعهم يملكون هذا الحق لا يمتازون في ذلك عن بعضهم البعض. وتردده الموائيق الدولية جميعها. وهو كذلك حق قائم بغير نص فيها، إذ هو حق في الوجود وفي أن يكون للناس آمنين في أشخاصهم من صور الإقزاع على اختلافها، ومن عوامل القهر على تباين ضروبها، ومن وسائل الإذلال على تفاوتها في درجتها. وهو أدخل إلى البداهة المنطقية، ولا يفصل عن الناس في المراحل المختلفة التي يعيشونها، لأنه كامن فيهم *Inhérent à la personne humaine* ولا يباشرون غيره من الحقوق بخلفه. فهو مقدمتها والطريق إليها. بل إن حقوق للناس وحرياتهم جميعها تنهزم وتتهدم قيمتها بغير ضمان الحق في الحياة. وهو حق يقتضي فرض كلمة القانون على الناس جميعهم - حتى في أوقات التوتر ومظاهر الصراع لداخلي - حتى لا تختل فرائض أمنهم، وعلى الأكل في حدها الأدنى، من خلال مخاطر يتعرضون لها ولا يتوقعونها. ومن ثم كان منطقياً أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وأن يكون موقفها من ضمان هذا الحق مستصحباً لحكم المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في ١٩٤٨/١٢/١٠ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي حرصت مثلاً على ضمان الحق في الحياة من خلال تكابير جماعية تتخذها الدول الأعضاء فيها على تقدير أن حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم وكذلك في حياة لائقة^(١) *La garantie d'une vie décente* حقان متكاملان، وأن ملتخذة الدول من تكابير لصون الحق في الحياة - عقابية أو وقائية - يفترض أن تكون هذه التكابير من طبيعة عملية تتوافر بها فرائض الحق في الحياة بصورة ولقعة، فلا ينتهكها أحد بغير جزاء^(٢).

ولا يخل حق الناس في الحياة بالقيود التي تفرضها الدولة في نطاق تنظيمها المعقول للحرية، ولا بالقيود المنطقية التي تقتضيها لصون أمنها وامن وجودها.

(١) ويلاحظ أن حق الفرد في حياة لائقة، مقرر بنص المادة ٢٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تكفل لكل شخص الحق في مستوى من الحياة يكون كافياً لضمان صحته ورفاهته ولعيش عائلته. وهذا الحق مقرر كذلك بالمادة ١١ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهو مكفول أيضاً بالققرة (١١) من ميثاق الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦.

(2) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5e édition, pp. 312- 315.

ذلك أن مثل هذه القيود، تعتبر شرطاً مبدئياً ومنغلاً حيوياً لمباشرة كل حق أو حرية، سواء بصفة فردية أو جماعية. وهي كذلك ضرورة لحماية الناس في أموالها وأعراضها.

وقام بالتالي حق ضحايا الجريمة، هم ومن أضرروا منها من ذويهم أو من يحيطون بهم، في التعويض عن الأضرار التي لحقتهم، خاصة ما تعلق منها بأبدانهم.

وتقيم المواثيق الدولية علاقة واضحة بين الحق في الحياة، وبين حظر أعمال الدعاية التي تحبذ الأعمال الحربية وتروج لها. وتقرض كذلك حظراً كاملاً على إنتاج الأسلحة النووية والكيميائية وحيازتها ونشرها، باعتبارها من أدوات التدمير الشامل التي تلحق بالحق في الحياة مخاطر جسيمة يستحيل تجنبها أو الحد من أثارها.

ويرتبط الحق في الحياة كذلك بالأمن الدولي، ويضرورة أن تعمل الدول جميعها، وأن تتعاون على توثيق روابطها بالفترات داخل مصالحها، وأن تقوم بنسوية خلالها عن طريق التفاوض لا بالقوة.

٨٨٨- ولا يقتصر ضمان الحق في الحياة على تأمين وجودها، وحظر كل عدوان عليها، وتقرير الفرائض للملكة التي ترد كل إخلال بها، وإنما ينطبق الحق في الحياة كذلك بالشروط الملزمة والضرورية التي تكفل لكل فرد حياة لائقة *Une vie dcente*.

ويندرج في ذلك، أن تكون للحياة مستوياتها الثلاثة التي لا يجوز النزول عنها، وعلى الأخص من جهة ضمان حد أدنى من الشروط الصحية للناس جميعهم، وتأمينهم من الجوع والمرضى والفرج، وضمان أماكن ملائمة يهجعون إليها من غذاء يومهم^(١)، والعمل بصورة مضطردة على تطوير أوضاع معيشتهم، وضمان الشروط الأفضل لهم، وتصعيد آمالهم في الحياة، وتقليص وفراشهم خاصة الأطفال منهم.

بيد أن الشروط المتقدم بيانها، والتي تتطلبها كرامة الإنسان كقيمة تملو على كل صور امتنانها، والتي لا يتصور أن يحيا أحد بدونها حياة لائقة، تفترض إمكان تنفيذها قضائياً، وأن تعمل للمساير ذاتها على ضمان هذا النوع من الحياة. وهو ما تكل عليه الفقرة ١١ من ديباجة الدستور الفرنسي الصادر في ٢٦ / ١٠ / ١٩٤٦ التي تكفل للناس جميعهم -والأطفال بوجه خاص- ولأمهاتهم، والعمل للذين تقدم للعمر بهم، الحق في الصحة، وفي راحتهم، وفي إجازاتهم، وفي ضمان أمنهم. فإذا لم يكن الفرد قلراً على العمل بالنظر إلى عمره أو لجزءه

(١) D C. no 94359 du 19-1-1995.

بدنيا أو عقليا، أو لأوضاع اقتصادية تحيط به، تبين أن توفر له الدولة وسائل ملائمة للحيش
Des moyens convenables d'existence.

٨٨٩- وقد حظر القانون الدولي العام بعض الجرائم التي تقتصر حق الناس في الحياة
ويندرج تحتها تعذيبهم، ومعاملتهم كرقاء، والاتجار في أعضائهم واستمالتهم للفجور. وكذلك
عقابهم بطريقة لا إنسانية، أو على نحو يمتن كرامتهم، وتكليفهم بالعمل مسخرة^(١).

٨٩٠- ويظل الحق في الحياة مطلباً أساسياً للناس جميعهم. فلا يجوز إذلالهم ولا
ترويعهم، ولا طعنهم بالطلاق الدائم، ولا قهر إرادتهم إلى حد طمسها فلا يعرفون هويتهم،
وعلى الأخص من خلال العقاقير الطبية التي تعطونها الملطلة جبراً لمن أختطفهم من
المواطنين، وأخفهم عن ذويهم.

وفي هذا الإطار، لا يجوز إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه^(٢)،
ولا الإخلال بتكامل بدن الإنسان سواء بالمعلشرة الجنسية لإمرأة بالقوة أو حملها على
الدعارة أو بتعقيمها حتى لا تحمل، أو بإجهاضها سراً أو بالتعامل فيها، أو بتعريضها لحيوان
بفتصبها.

٨٩١- وقد يعاون شخص آخر على الانتحار أو يشرع في ذلك، ويعتبر هذا العمل
جريمة معاقباً عليها قانوناً في أكثر الدول، ولكن قولاً هذه الدول ذاتها قد تحول الأشخاص
الميتوس من شفايتهم -كالذين دهمتهم حادثة مزقتهم ولحالتهم وجوداً هامداً لا يحيا بغير
لوسائل الطبية الصناعية، Persistent vegetative state الحق في رفض الاعتماد على هذه
الوسائل التي تبقيهم على قيد الحياة. وهو ما يثير بالضرورة النظر في مدى مخالفة هذه
القوانين لشرط الحماية القانونية المتكافئة.

ذلك أن هذه القوانين تميز بين الذين يعتمدون في بقائهم أحياء على وسائل طبية تحول
دون موتهم، وبين الذين لا يعتمدون عليها، وإن كان مرضهم خطيراً، وفرصهم في النجاة من
مخاطرهم، تكاد أن تنعدم.

(١) V. Ch. Chanet: La convention des Nations Unies contre la torture et d'autres peines ou Traitement cruels, inhumaines ou dégradants ou A.F.D. 1, 1984.

(٢) تنظر في ذلك نص المادة ٣٢ من دستور جمهورية مصر العربية التي تحظر إجراء أي تجربة طبية أو
علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر. وكذلك نص المادة ٢٤ من الدستور التي توجب معاملة من
يقبض عليه أو يحبس أو يتخذ حريته بأي قيد، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان.

فبينما تخول الفريق الأول الإسراع في إنهاء حياتهم برفض هذه الوسائل ومطلبهم للتخلص منها؛ فإن أفراد الفريق الآخر الذين لا يعتمدون عليها، لا يستطيعون الحصول على معونة طبية ينهون بها حياتهم، ولو أحاطتهم أمراض لا أمل في برئها، وكان مآل الأمر فيها إلى موتهم، كالذين نهش السرطان أجزاء من أبدانهم مستشرياً فيها بما يحرم أملهم في النجاة منها.

حال أن كثيرين يرون أن الفريقين في مركز قانوني واحد. ذلك أن الذين يرفضون وسائل إنقاذ حياتهم الطبية ويطلبون من أطبائهم للتخلص منها، لا يختلفون في شيء عن الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، خلاصاً من أمراضهم المبرحة إلا أنها، والتي لا أمل في شفائها.

كلاهما يعمل على إنهاء حياته؛ أحدهما برفض المعونة الطبية اللازمة للإنقاذ عليها^(١)؛ والثانيها يطلبها للتخلص من حياة مقطوع بانتهائها.

غير أن الاتجاه القضائي في القانون المقارن، ينظر إلى هذا التمييز باعتباره غير ملائم لشرط الحماية القانونية المتكافئة، وذلك تأسيساً على أمرين:

أولهما: أن شرط الحماية القانونية المتكافئة، لا يولد حقوقاً من طبيعة موضوعية، ومواده وجوب أن يعامل المشرع الأشياء المتشابهة بصورة واحدة؛ ويمكن أن يعامل الأشياء المتخالفة على نحو متمايز^(٢).

A State must treat like cases alike, but may treat unlike cases accordingly.

والمنسثور بذلك لا يتطلب أن تعامل الأشياء المختلفة في واقعها، أو من وجهة النظر التي تتعلق بها، بالفرص تساويها قانوناً فيما بينها.

ثانيهما: أن حق الأشخاص في طلب التخلص من الوسائل الطبية التي يتيقهم أحياء، لا يؤسس على حق كفاه للمنسثور لهم في التعجيل بموتهم To hasten death، وإما على الحق في ألا يمس آخرون -يندرج الأطباء تحتهم- أبدانهم بغير موافقتهم Unwanted touching.

ولا كذلك أشخاص يعينهم الأطباء على الانتحار بإعطائهم عقاراً قاتلاً، يكون منهايا لعذابهم من الأمراض التي يعانونها. ذلك أنهم يعتمدون إلى قتلهم، ويخرجون بذلك عن أصول

(١) يعيش هؤلاء على وسائل صناعية بفتحهم.

(٢) Plyer V. Doe, 457 U.S. 202, 216 (1982).

مهنّتهم في صون حياة مرضاهم لا تتمييزها^(١). فليس ثمة حق لأحد في الانتحار، لا مباشرة، ولا عن طريق معونة يقدمها غيره له.

٨٩٢- وما أراه صواباً هو أن الحق في الحياة والحق في الموت، معنيان متضادان. ذلك أن أولهما إصرار عليها طلباً لبقائها. وثانيهما إقضاء لها وإيهاء لوجودها. ولئن كان الحق في الحياة مطلوباً ضمناً، إلا أن قتل النفس ليس حقاً لأحد. إذ هو حرمان من الحق في الوجود بخير الوسائل القانونية للميلمة^(٢).

وينبغى أن يلاحظ أن من يقدمون على الانتحار بأنفسهم، وكذلك من يطلبون من أطبائهم معاونتهم في ذلك؛ كلاهما ينهيها بيده، أو بيد غيره. كذلك يفترض فيمن تدهمهم حادثة بعدم معيها ألمهم في النجاة من عواقبها، أن الوسائل الطبية التي تخذونهم، هي التي تعينهم على البقاء أحياء Lifesaving hydration and nutrition. فإذا رفض هؤلاء المصابون تلك الوسائل، تعين أن تكون إرادتهم في ذلك إرادة قاطعة ولو عبروا عنها في مرحلة سابقة على الحادثة التي هشمتم وجعلتهم غير واعين بما يدور حولهم^(٣).

ولكن الغرض فيهم أنهم صاروا مهشمين من كل الوجه، تحيطهم غيبوبة كاملة، لا يدركون معها شيئاً مما حولهم.

ولا يتصور بالتالي -حتى مع افتراض جواز إنهاءهم لحياتهم من خلال طلبهم انتزاع الأجهزة التي تقيهم أحياء- أن يحل آخرون محلهم في ذلك، ولو كانوا من آبائهم أو أمهاتهم أو أزواجهم أو أقربيائهم.

(١) Vacco, v. Attorney General of New York, decided by United States Supreme Court on June 26, 1997.

(٢) يدرج تحت الوسائل القانونية الجائز، أن يصدر حكم قضائي بإعدام قاتل أو تقيّد حرية من خلال عقوبة بدنية، كالإشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدّة أو السجن أو الحبس.

(٣) يقع أحياناً أن يتعرض الإنسان لحفشة تتسلل معها وتلقفه للحيوية، فلا يمي شيئاً مما يدور حوله، وإن ظلّ بلياً على قيد الحياة بحكم الوسائل الطبية التي تغذيه وتقيه حياً، فإذا كان قبل تعرضه لهذه الحادثة، قد ذكر لصديق أو غيره أنه يرغب في التخلص من الوسائل الطبية الإصطناعية التي تقيه حياً إذا تعرض لحادثة يصير بسببها بخير أمل في النجاة منها، تعين إصعاق إرادته في ذلك وسحب الأجهزة الطبية التي تقيه حياً. وبذلك ينهي الأطباء حياته لسحب هذه الأجهزة من بدنه، فإنهم لا يفعلون شيئاً أكثر من الاستجابة لرغبة مريضهم.

ولئن كان الأشخاص الذين يطلبون من أطبائهم في أيامهم الأخيرة، معاونتهم على الخلاص من الحياة، بالنظر إلى استفحال أمراضهم التي تكل الحقائق العلمية على استحالة البرء منها؛ إلا أن من الصعوبة الجزم بنوع الأمراض التي يصير بها موتهم وشيكا Terminally ill، ولا للقول -فرد طحتهم آلام أمراضهم- بأنهم قصودا بكامل وعيهم، إنهاء حياتهم؛ ولا الفصل بصفة قاطعة فيما إذا كانوا قد اغتاروا حقاً إنهاء حياتهم بكامل وعيهم- Mentally competent. ذلك أن أمراضهم تشقيهم وتعذبهم، وتعرضهم لآلام مبرحة لا يتصور معها إدراكهم ما يفعلون.

فضلاً عن أن إرادة الموت لا يملكها أحد، وإلا جاز لكل امرأة أن تجهض نفسها ولو نصحتها الأطباء بأن هذا الإجهاض مؤد إلى موتها بالضرورة. وجاز كذلك لكل إنسان أن يقرر متى يبقى حياً ومتى يموت. وهو ما لا حق لأحد فيه، ولو بالكثرع بالحرية الشخصية أو التخيير عليها. ذلك أن الحرية في معانها الحق، تتلخص لفلاتها إلى حد إعدام الشخص حياته بنفسه.

٨٩٣- وثمة فارق كذلك بين المصابين في حادثة هشتهم، ولم يبق لهم شيئاً من وظائفهم الحيوية، إذ يعاملون بوصفهم ميكن فعلاً بالمقاييس العلمية. وإن تخرجهم الأجهزة الطبية -لتي تحيهم على البقاء في صورة الأحياء- من حالة اللحم التي هم فيها^(١)؛ وبين الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، ولو كانوا مصابين بأمراض عضال يكون موتهم بسببها وشيكا، وأملهم في الحياة منتهيا.

ذلك أن أفراد الفريق الثاني أحياء، فإذا أعطتهم الأطباء على الانتحار، فإن معاونتهم هذه تستبق موتهم. وهو ما لا يجوز، خاصة وأن القول بجواز الانتحار لا إجماع فيه، لا بين الفلاسفة ولا بين رجال الدين والفقهاء.

(١) في القضية (Crwzan v. Director, Missouri Dep't of Health 497 U.S. 261 (1990)) قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بدستورية تشريع صدر عن ولاية ميسوري يجوز نزع أجهزة الإعانة الطبية التي يبقى بها أشخاص مهشمون على قيد الحياة بشرط أن يتفق نزاعاً، وإرادة سائلة واضحة للمريض Consistent with the patient's previously manifested wishes بل إن المحكمة في هذه القضية تفرق بين هؤلاء المرضى الذين تبقى حالاتهم مسطرة بفضل الوسائل الطبية لأكثر من ثلاثين عاماً- وهو ما شهد به الشهود في القضية المذكورة، وبين المرضى المهشوم من شلالهم بالنظر إلى خطورة مرضهم ولو كان مرضهم مفضيا إلى موتهم Terminally ill.

لأنهم من يقول بأن الانتحار عمل جبان يناقض إرادة الحياة، ودلائل الوجود Une lâcheté devant les épreuves de L'existence، أو هو إحلال لإرادة الفرد محل إرادة خالق بيده وحده إحياء الناس وإماتتهم.

L'appropriation d'un pouvoir sur la vie qui n'appartient qu' à Dieu maître de la vie et de la morte.

ويراه فريق آخر رد فعل في مواجهة نكول للجماعة عن ولجها في تحقيق التضامن الاجتماعي بين أفرادها.

ويصوره آخرون بأنه للتعبير الأعلى عن الحرية الفردية التي يملكها الناس جميعهم، ويتصرفون بها في أبدانهم^(١) L'expression supreme de la liberté individuelle. ولن المعتصرين لا يصيبون غير أبدانهم هذه بالضرر، ولو من خلال إضرابهم عن الطعام لأغراض سياسية، أو عن طريق تعاطيهم جرعة من نواء يقتلهم. وكذلك يراضهم العلاج من أمراضهم، بقصد لتفليس من حياتهم.

بيد أن الآراء التي تقول بجواز الانتحار باعتباره نتائج الإرادة الحرة، يعيبها أن الناس لا يملكون حرية مطلقة على أبدانهم. إذ لو صح هذا القول، فلماذا جرم المشرع دعاة المرأة ولو بغير أجر، بالرغم من أن المرأة الداعرة تخالط ببارادتها الحرة للرجال بغير تمييز !!

ولم أتم المشرع كذلك إتيان الرجال فجور!!! وعارض صوراً من الإجهاض تأتيتها المرأة ببارادتها على بندها!!!؟

ولم حظر نقل أجزاء من الأبدان إلى آخرين -ولو لإنقاذ حياتهم- إلا إذا كان هذا الإجراء بغير مقابل، ولا يلحق ضرراً بالمترع!!!؟

ولم أبطل المشرع كل تعامل في الأبدان أو أطرافها يناقش تكاملها، أو ينظر إليها باعتبارها محلاً لحقوق مالية^(٢) يجوز نقلها إلى آخرين^(٣)!!!؟.

(١) Jacques Robert, Droits de L'homme et libertés fondamentales, e édition, P. 210.

(٢) ينظر البعض إلى حق المهتمين في رفض بقاء الأجهزة الطبية التي تسيهم على الحياة، باعتبارها مدرجاً تحت حق الشخص في رفض العلاج الطبي.

الباب الرابع

القانون أداة تنظيم الحقوق وقد يطبقها

الفصل الأول

امتناع تجريم المصالح التي كفلها الدستور

٨٩٤- يكفل الدستور في صلبه كثيرا من الحقوق بالنظر إلى حيوية المصالح التي تغالطها وتوجهها، من بينها الحق في الحرية الشخصية، وفي حرية الاختيار والتعبير، وفي ضمان خواص الحياة، وفي الإطلاع على العلوم علي اختلافها، وفي مواجهة إساءة استعمال السلطة، وفيما ينبغي أن تنقذ به النظم الجنائية سواء من جهة الأعمال التي يجوز أن تؤثمها أو قدر عقوباتها، وفي حرية اختيار المهن والأعمال التي يطلبها، وفي حق الحصول على أجور متماثلة عن الأعمال عليها.

لما هي حدود كل حق أو حرية منها؟ وهل يجوز -وفيما خلا حرية العقيدة والحق في التعددية- وصفها بالإطلاق. فإذا جاز تنظيمها.. لما هي حدود هذا التنظيم، وهل يجوز القول بأن لكل حق ولكل حرية دائرة منطقية لا يجوز اختراقها.. وما هي حدود هذه الدائرة.. وما نوع المصالح التي تتزاحم عليها لتقدير ما يلائمها من القيود. وهل ينظر في مجال تحديد دائرة حقوق المواطنين وحرياتهم ونطاق القيود التي يجوز فرضها عليها، إلى أوضاع تطبيقها، وسياق متطلباتها؟ أم يتعين تحديد بنائها في صورة مجردة لتفصل عن واقعها.

٨٩٥- تلك جمعها معان قد تغلظ ببعضها في مجال بيان الدائرة المنطقية لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإن تعين القول بأن لكل حق ولكل حرية أغراضا يستهدفها، فلا يجوز تنظيمه بما يخل بهذه الأغراض أو يجاوزها، ولا تقيدته بنصوص قانونية يستحيل عقلا ربطها بها. وفيما وراء هذه التخوف، لا يجوز تنظيم الحق والحرية إلا في دائرة منطقية لا يفقد بها وجوده، أو معناه ولا ينقص من أطرافه بما يضائل من جنواه. ومن ثم يكون لكل حق أو حرية نواة Nucleus لا يجوز أن تهدم أو تتآكل لأنها بؤرة الضوء فيه، والخلفية التي انبثق منها والتي تسليه الحياة التي يتكفص من خلالها. فإذا انقض المشرع عليها أو أرقعها بما يعوق حركتها المنطقية، زال وجود الحق أو الحرية، أو لم يعد هذا الوجود فاعلا.

فنحن إذن أمام حقوق كفلها الدستور في صورة واقعية لا مجردة، متوخيا بلحاظاتها أن تحقق في تطبيقاتها العملية، الأغراض المقصودة منها دون زيادة أو نقصان. فلا هي فوق السلطة، ولا السلطة فوقها. وإنما تمثل هذه الحقوق في نطاق توازن اجتماعي يتوخى للتوفيق قدر الإمكان بين زحام المصالح التي تلاعبها.

٨٩٦- فالحق في الاجتماع ليس إلا إطاراً ولحقها حرية التعبير. ذلك إن أفرادهم يدخلون فيه -لا لتضمهم جدران مغلقة يقيمون داخلها صامتين، وكان علي رؤوسهم الطير- وإنما هم مطبوعون ببعض القشون التي يريدون مناقشتها- لا لأنهم اتخذوا من قبل موقفا نهائيا بشأنها - وإنما طلبا لحوار حولها، سواء كان هذا الحوار هادئا أم صاخبا، جارحا في بعض كلماته، أم معتدلا، متقادا عاطفيا أو متوازنا. فكل أولئك أشكال من الحوار لا تغض من قيمته ولا تنتقص من ضرورته. وهي بذلك مدخل هام من مداخل حرية التعبير التي تفترض حق الناس جميعهم في التعبير عن آرائهم التي يريدون إعلانها، وتلقيها من آخرين، ونقلها منهم -من خلال ترويجها- إلى دائرة أوسع، سواء كان التعبير حركيا أم قولاً أم رمزا، أم صورة أم رسما، أم بكل هذه الوسائل جميعها وبغيرها، حتى تظل الكلمة انتقاء حرا ونبعا صافيا لإرادة الاختيار التي تفترض مباشرتها بعقل مفتوح، وبقوة دافعة وثقة لا وجل فيها ولا تهلون.

٨٩٧- وتظل للكلمة أهميتها ليا كان مصدر رسالتها أو مضمونها، لما نراه سقيما من الآراء قد يكون أرجحها قبولاً. وما يكون بغضاً من صورها قد يكون الحقيقة التي أخفئنا في إدراكها، وما لا نفهمه من ملامحها قد يكون هو الأكثر اعتدالا.

وليس لأحد أن يفرض علي غيره وصاية فيما يراه من الآراء صوابا، ولو لم تكن في حقيقتها غير بهتان عظيم. فالآراء لا تحيا في مياه ركدة، ولا أسنة. ولكن بيتتها هي التي تثيرها أو تجذبها، تعطيها قوتها، أو تخفض قيمتها؛ تردا إلى حكم العقل، أو ترفض عليها مظاهر التسلط؛ تغلبها بنظرة متسامحة أو تزدريها بعين ساخطة، تمنحها مجالا حيا يكفل ثبوتها، أو تحيطها بقضبان من حديد تعقلها؛ توفر لها مقامها وأغلالها أو تطلق سراحها من أسرها؛ تنقشها وتتفاعل معها، أو تكبلها حتى لا ينفذ أحد إليها. وما كان الدستور ليكفل حرية التعبير في نطاق لا يؤمن بضرورتها، ولا بأن الآراء حتى مع تصانمها تظل نبعا للحقيقة التي نريد معرفتها، ولا بأن القائلين بها لا يجتمعون علي كلمة واحدة إلا في قليل من الأحوال.

وتظل للكلمة هي الكلمة، قوتها في الإصرار عليها وحيوتها في الإعلان عنها أو الجهر بها، وأهميتها في كونها تعبيراً عن إرادة لا يجوز طمسها، ولا تحريفها، أو إزهاقها بما يردّها عن الدائرة المنطقية لحركتها.

وهي تمثل في النظم الديمقراطية أكثر روافدها عطاء، وأبلغها أثرا، وأفضلها طريقا إلى التغيير، وأحقها بالدفاع عنها والتكفل وراعاها. ولا تزال للكلمة حوارا في وسط اجتماعي، فلا نعيم في القضاء، ولا تنقل موازينها كرامة لها. إذ هي دوما طريق إلى التغيير بالوسائل السلمية. فلا تجوز مصادرة أدواتها، ولا نقض محيطها.

ويقدر اتساع قاعدتها، تتحدد درجة تأثيرها في الجماهير، وألماط خياراتها ونوع المصالح التي تقبلها، وطرائق الحياة التي تسبل إليها.

بيد أن الكلمة التي ننطق بها وإن كان يحكمها أصل الحظ، إلا أن تجريسيها يجوز في أحوال استثنائية تفصل بين ما هو مشروع وغير مشروع من صورها. كذلك فإن دائرة تنظيمها تبلور ما يجوز أن يفرض عليها من القيود بما لا يقوضها أو ينقصها من أطرافها. ولا يدخل في إطار القيود الجائزة علي حرية التعبير، تطويق هذه الحرية لمواجهة مخاطر متوهمة، أو مخاطر متوقعة ليس لها من إحداثها ووضوحها ما يبرحها كقيد علي تلك الحرية.

ويتعين دائما إذا قول بأن بعض الآراء تلابسها مخاطر داهية، أن ننظر إلي نوع المصلحة التي تسمها وأثرها عليها. ذلك أن حرية التعبير ما كظها الدستور إلا بقصد إثرائها، وبما لا يخل بجواز تقييدها في دائرة ضيقة، هي التي يكون التعبير فيها مؤديا حالا ومباشرة، وبصورة واضحة لا تخطئها العين، إلي تقويض أو تهديد مصلحة حيوية لها من أهميتها بوجه عام، ما يقبها فوق حرية التعبير.

وما قلناه في شأن حرية التعبير ينطبق بالقوة ذاتها علي حرية الاجتماع، وهي إطار حرية التعبير فلا يجتنبها المشرع من منبتها، ولا يحبطها بقيود ترفتها، ولا يواجهها بوصفها مدخلا يفول السلطة مطاردة خصومها وتعقبهم من خلال تجريم صور الاجتماع علي اختلافها وأيا كان غرضها، وكان الدخول في لاجتماع محين قرين الجريمة، أو هو الطريق إليها.

٨٩٨- وبغضلا عن أن حرية التعبير والحق في الاجتماع لا يجوز تقييدهما في غير ضرورة، فإن الحرية الشخصية بذل منها تقويض إرادة الاختيار الكاملة فيها، والتي تبلور لشخصية الإنمائية في جوهر ملامحها. وهو ما يتحقق علي الأخص من خلال حمل أشخاص علي الشهادة التي تكذبهم، فلا يكون الإدلاء بها غير تعبير عن منطق القهر والإملاء. وكلما كان المخاطبون بالقوانين الجنائية لا يملكون غير خيار الخضوع لأحكامها، أو حملهم جبرا علي الإدلاء بشهادة يريدون كتمانها، حتى لا يتهموا جنائيا بسببها، فإن هذه القوانين تكون مخالفة للدستور، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي تؤم أفعالا بذواتها، وتفرض علي من يأتونها صورا من الجزاء لها من ضرورتها ما يخل به التوازن بين الجريمة وعقوبتها. فلا تكون عقوبتها هذه غير تعبير عن مخالفتها للقيم التي ألقتها الدول المتحضرة في مظاهر سلوكها المختلفة، وعلي الأخص كلما كان تقدير عقوبتها واقعا في إطار نظرة متخلفة ترتد إلي حقبة ماضية بذنتها أسرة الأمم في مفاهيمها الأكثر تطورا.

٨٩٩- ولأن الجريمة الواحدة لا ترتب وزرين، فإن معاقبة الشخص عنها أكثر من مرة، يكون كذلك مناقيا للقيم التي تحتضنها الأمم المتحدة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاتهام متلاحقا عن الجريمة ذاتها، ولو أعطى المشرع الواقعة الإجرامية ذاتها، تكييفا مختلفا. وتطبيق هذه القاعدة حتى في الدول للفيدرالية التي تتوزع السيادة فيها فيما بين ولايتها من جهة والسلطة الفيدرالية من جهة أخرى Separate Sovereignities.

ذلك أن السيادة -سواء كانت موزعة في الدول الفيدرالية، أم مجمعة في الدول البسيطة التكوين- هي في النهاية سيادة في دولة واحدة لا تجاوز مباشرتها الخط الخارجي لحدودها الإقليمية. ولا يجوز بالتالي لولاية في تنظيم فيدرالي - وعلى ما نراه- أن تعاقب متهما مثل أمامها وفقا لقوانينها، في شأن جريمة كان قد حوكم عنها أمام محكمة فيدرالية، ولو كان نشاط الجاني يكون جريمة فيدرالية وجريمة محلية في آن واحد، بشرط أن تتحد الجريمتان في أركانها.

ذلك أن كل ولاية، وإن كان لها تشريعاتها التي تخولها القصاص من الجناة عن جرائمهم التي يرتكبوها في إقليمها -ولو كان المشروع الإجرامي قد انبسط إلى حدود أكثر من ولاية- إلا أن ملاحقة للشخص عن الجريمة ذاتها لمجرد تعدد القوانين التي تعاقبه عنها، يناقض شرط التماسك القانونية السليمة. ومرد ذلك أن هذه القوانين جميعها تطبق في دولة واحدة.

ويزيد الأمر سوءا أن الولاية في الدولة الفيدرالية قد تقبل بحكم قضائي صدر عن دولة أجنبية في شأن شخص مقيم في الولاية، فلا تعيد محاكمته من جديد أمامها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبتها، مؤشمة كذلك بمقتضى قوانين الولاية. ولولى بها أن تنزل على قضاء صدر عن ولاية غيرها، أو عن السلطة الفيدرالية الوطنية، في شأن الجريمة ذاتها. ذلك أن الدستور وإن كان قد احتجز لكل ولاية بعض مظاهر السيادة التي اختصها بها، إلا أن عليها أن تباشر هذه السيادة بالتوافق مع السيادة للفيدرالية وليس بما يناقضها. فضلا عن أن وحدة شعوبها تقتضيها أن تطبق قوانينها بطريقة منصفة، وبما يكفل رضاءها العام، وليس بما يقوض هذه الوحدة أو يفصلها. وحقائق الحل ومعطياتها، يناقها كذلك ملاحقة شخص عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة سواء أدين عنها، أو اعتبر بريئا منها.

٩٠٠- وقد آل تطور حقوق الإنسان إلى حظر كل عقوبة أو معاملة تكون قاسية أو مهينة، وإن ظلت تحديد ماهية هذه العقوبة أو المعاملة، عصيا على البيان. وتردد الوثائق والمعاهد الدولية هذا الحظر. وهو ما تقرر بنص المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛

وينص المادة ٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية، وينص المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الرئيسية، وينص المادة ٢٥ من الإعلان الأمريكي لحقوق الرجل وواجباته التي تقتضي بأن لكل فرد الحق في معاملة إنسانية خلال فترة احتجازه، وينص المادة (٥) من الاتفاقية الأمريكية في شأن حقوق الإنسان التي تكفل لكل شخص تكاملاً في قواه العقلية والخلقية والبدنية؛ ولا تجزئ تعذيبه أو تعريضه لمعاملة أو لعقوبة غير إنسانية أو مهينة؛ وتوجب معاملته -ككلما حرم من حريته- بما يحفظ عليه كرامته؛ وتحظر امتداد العقوبة لغير الجناة.

ولا تزال عقوبة الإعدام تثير جدلاً عريضاً بين الفقهاء والقضاة ورجال علم الاجتماع. ذلك أن مفاهيم المتصاص للكامنة فيها، لم تردع آخرين عن إتيان الجرائم المؤدية إليها، وتعارضها بعض الدول التي لا تزال تمنح الحياة قيمتها. وقبل في ذلك بأن مفهوم الردع وإن كان يبلور الغاية النهائية لهذه العقوبة؛ إلا أن من غير المقبول إجهاض حياة الإنسان بناء على حكم قضائي يحتمل الخطأ، أو على ضوء تطبيق للقضاء لهذه العقوبة بمعايير مختلفة يناقض بعضها البعض، ولا تكفل للجناة بالتالي تساويهم في فرص فرضها.

وقد كان من شأن الهجوم المتصاعد على عقوبة الإعدام، والقول بانتفاء طبيعتها الخلقية ومبادئها الإنسانية وملاءمتها، أن قل عدد الأشخاص الذين يساقون إليها بأحكام قضائية، بالرغم من ازدياد الجرائم التي تستوجبها. وتضائل كذلك عدد الأشخاص الذين تكلّف فيهم هذه العقوبة بعد توقيعها بما يؤكد للفور العام منها، وتردد القضاء في فرضها والجهة الإدارية في تنفيذها.

ولما كان شأن عقوبة الإعدام من جهة قسوتها أو القول بمبادئها القيم الإنسانية، فإن إيقاع هذه العقوبة يفترض توافر وسائل إجرائية وتحقيق ضوابط موضوعية.

وتأخذ الأشكال الإجرائية لهذه العقوبة في حسابها، طريقة تشكيل الجهة القضائية التي تختص بتوقيعها؛ وما إذا كان حكمها بتوقيعها مطلقاً على إجماع أعضائها؛ أم كان جائزاً صدورهم بموافقة أغليبيتهم؛ وما إذا كان توقيعها تحكيمياً؛ وما إذا كان فرضها اختيارياً. وتحدد القيم المعاصرة ضوابط فرض هذه العقوبة، ولا تجزئ أن يكون توقيعها وفقاً في إطار السلطة التقديرية المطلقة، وتقتضي أن تصاغ القوانين التي تفرضها في حدود ضيقة، وأن تحدد هذه القوانين بصورة جلية لا خفاء فيها شروط تطبيقها.

ويظل مطروحاً أمام جهة الرقابة على التشريعية الدستورية، ما إذا كانت هذه العقوبة- ويغض النظر عن الأشكال الإجرائية التي تحيط بتوقيعها- تعتبر في محتواها- عقوبة قاسية لا يجوز فرضها.

ذلك أن القول بقسوة العقوبة، من الدفوع الموضوعية التي تتصل بمضمونها. وهي قسوة تبدو متناهية في شدتها مادياً ونفسياً من خلال عقوبة الإعدام، وعلى الأخص بالنظر إلى طول المدة بين توقيعها وتقليدها. وهي مدة يقضيها للمحكوم عليه بها متربصاً لحظة إنهاء حياته وتدميرها بصفة نهائية، فلا يبقى له من وجود. كذلك يميل الاتجاه العام في كثير من الدول إلى إلغاء هذه العقوبة سواء بصفة فعلية أو قانوناً بما يؤكد أن هذه العقوبة لم تعد تمثل اليوم -على بقائها- حقيقة تاريخية. بل إنها تناقض القيم المعاصرة وتزيد في قسوتها على أية عقوبة تقبل بها الدول الحرة. ومن شأنها الحط من كرامة المحكوم عليهم بها. وهي كذلك عقوبة انتقائية أحياناً لاقتصرها إلى الضوابط الواضحة التي تضيق من نطاق تطبيقها. وقد يقع التمييز في مجال فرضها بما يخل بشرط الحماية القانونية للمتكلفة.

بيد أن المبادئ بإلغاء عقوبة الإعدام، فاتهم إنها قصاص عادل في شأن جرائم القتل، وأنها لا تعتبر قاسية بالنظر إلى خصائص الجرائم التي تقابلها، وهي جرائم خطيرة بطبيعتها تقض أمن الجماعة وتزعزعها، ويتعين بالتالي ردع مرتكبيها.

٩٠١- تلك صور من القيم التي احتضنتها الدساتير، والتي لا يجوز المشرع أن ينتهكها وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي يسقطها. ذلك أن الدستور ما قرر هذه القيم إلا لضمان المصالح التي ترتبط بها. وجميعها مصالح يتصل صولها بكرامة الإنسان التي يناهها حمله على الخضوع للسلطة حتى لا ينطق، ولباسها حتى ينمزل عن غيره، ولقسوتها ولو كان فعلها تخريباً أو تنكيلاً أو مصاندة للحق في الكلمة، أو للحق في الإبداع، أو للحق في تكامل الشخصية، أو للحق في حرية مفتوحة أبوابها، وفي وسائل للعيش تنهيا طرائقها، واشكالا من الاختيار تعتمد دروبها، ونوافذ من المعرفة عريضة مداخلها، وروافد للملكية الخاصة لا يجوز أن تخفل حرمتها. فذلك كله بعيد عن تدخل المشرع، وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي ينال من الدائرة المنطقية لكرامة الإنسان التي تقترض ألا يستعيد، وأن يعمل، وأن يطور من ظروفه وملكوته، وأن يشق باجتهاده طريقه إلى حياة أفضل، فلا يصعد وجهه لغير الله تعالى إذا حزبه أمر.

٩٠٢- ويؤثر الإبداع في العلوم والفنون في حياة الدول جميعها، ويعطيها وجهها المشرق، ويكفل حيوتها وتقدمها، واتصال مظاهر التطور فيها بأسبابها وبالأمال المعقودة

عليها. ولا يجوز بالتالي أن ينفذ الإبداع بقيود لاينطلق معها إلى الأفق الجديدة التي يتحين أن يقتحمها، ولا أن يكون من شأن هذه القيود الحد من تشجيعه توثيقاً وانطلاقاً. بل إن الحق في الإبداع يكاد أن يكون من الحقوق التي لا يجوز تقييدها مالم يكن في بعض صوره، مناقياً للقيم الخلقية في أصولها وثوابتها، أو ملحقاً الإنسانية أضراً لا يجوز القبول بها، أو مناقضاً من وجه آخر، الفرائض العلمية في جوهر مكوناتها.

٩٠٣- وعن كرامة الإنسان، يتفرع الحق في الحرية بما يؤمنها ضد القبض والاعتقال غير المشروع، ويصون أدواتها في التعبير، وركائزها في العقيدة وقواعد ممارستها، ومتطلباتها في الانطلاق بالخلق والابتكار إلى آفاق لا حدود لها، لتصفو حرية البدن والعقل والضمير، ولتكوين أسرة تكون هي الخطوة الأولى في التقدم.

٩٠٤- تلك صور من الفرائض التي تمثلها النظم الديمقراطية أو تقوم عليها، ولا يجوز لقانون جنائي أن يشرع على خلاكها، وإلا نالض الدستور. ولا يجوز كذلك في إطار هذه النظم الديمقراطية أن ينال المشرع من جوهر الحق أو الحرية، آخذين في الاعتبار أن هذا الجوهر Nucleus هو النطاق المنطقي لمباشرتهما ولتحقيق لفاعليتهما. ذلك أن الحقوق والحريات جميعها مردداً إلى مصادرها التي يستقيم بها وجودها. فلا يغفل ببيان الحق أو الحرية من خلال قيود غير مبررة، سواء في مضمونها، أو وسائلها، أو أهدافها، على أن يكون مفهوماً أن النطاق المطلق للحق أو الحرية، إنما يتحدد ليس فقط على ضوء حقيقة نحوه ودرجة لخلال النصوص القانونية بصحيح مضمونه، وإنما كذلك على ضوء الآثار العملية التي رتبها والتي ترصدها الجهة القضائية لتحديد قدر تأثيرها في أوجه الحماية التي كفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم.

الفصل الثاني

القانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم

أولاً

مفهوم هذه القاعدة

٩٠٥- وسواء ورد النص على حقوق المواطنين أو حرياتهم في الدستور، أو في وثائق إعلان الحقوق، أو كان المشرع مصدرها المباشر، فإن تنظيمها بأداة أدنى من القانون لا يجوز. وإنما يتم ذلك بقانون يحيط بها، أو يتناولها على الأكل في خطوطها الرئيسية، على أن تترك السلطة التشريعية التي تكرر بنفسها -من خلال أعضائها الذين يمثلون هيئة الناخبين- حواراً جاداً وحقيقياً وعلنياً حول مبادئها بعد بصورها بجوانبها المختلفة، ونظرها في مثالبها ومزاياها، وقدر تحقيقها لأهدافها، والبدائل الأفضل لضمحل الأغراض المقصودة منها.

فلا يكون الحوار حول مضمون القانون، ومقاصده، خفياً واقعاً خلف جدران مغلقة La publicité des débats parlementaires، وإنما يقوم هذا الحوار على آراء مختلفة يقارع بعضها البعض، وتتوحد اتجاهاتها، وتتعدد مداخلها، وتتوحد القيم التي تكور حولها. فلا تتوافق هذه الآراء فيما بينها، ولكنها قد تتعارض في جملتها، ليخرج القانون من رحمها على ضوء حلول توفيقية تزيل ما بين مواد القانون من تناقض وما بين المصالح الماثرة فيه من تخالف، فلا يكون القانون في صورته النهائية غير حصاد آراء متوافقة -على الأكل في المريض من خطوطها- لينجو من تدخل السلطة التنفيذية التي لا يجوز لها أن تؤثر في نصوص القانون بصنوطها أو بإغراءاتها، ولا أن تعطل مباشرة السلطة التشريعية لاختصاصاتها التي تمارسها في الحدود التي نص الدستور عليها. بما يجعل إقرار القانون عملية حرة بطبيعتها، بعيدة عن الاندفاع أو السطحية، وقائمة على تحليل أحكامه وتقييمها، فلا يقر البرلمان قانوناً نهوراً أو مستهواً^(١).

(١) Charles Debbasch ; Jean - Marie Pontier ; Jacques Bourdon et Jean Claude Ricci, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 3e édition augmentée et corrigée, Economica pp.552-533

ثانياً

احتجاز الدستور مسائل بذواتها لتنظيمها السلطة التنفيذية،

لا يعدم من تدخل البرلمان تشريعياً فيما سواها

وحتى فى ظل الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ الذى اعتبر كافة المسائل التى لم يعهد الدستور بها إلى البرلمان، من طبيعة لاجبة^(١)،، يظل للبرلمان أن يشرع فى كافة المسائل التى يتولاها وفقاً للدستور. وهى مسائل قد تهدد محدودة فى نطاقها، ولكن وكفيها أنها تتناول فى بعض جوانبها تحديد الضوابط الرئيسية التى يباشر المواطنون فى نطاقها حقوقهم وحرياتهم بما يؤكد ضماناتها ويكفل بالتالى فعاليتها.

La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

ثالثاً

بين خلق القاعدة القانونية وتنفيذها

تعمل السلطة التنفيذية فى حدود القوانين القائمة، وتحرم على تنفيذها فى إطار مسئوليتها ووفق واجباتها^(٢).

ومواء احتجز الدستور للسلطة التنفيذية مسائل تشريعية بطبيعتها، واختصها وحدها بقرير القواعد القانونية التى تحكمها، أم تولى البرلمان وفقاً للدستور الولاية التشريعية بكامل مفرداتها، لتحيط القوانين التى يقرها بكل شأن عام، فمن عليها ألا تطلق يدما فيما يتولاها البرلمان أصلاً من الشئون .

ولا يجوز لها بوجه خاص أن تنفذ قانوناً بما فيه تعطيل أو تعقيد لأحكامه أو إعفاء منها؛ ولا أن تحصل من البرلمان على تفويض عامض الأبعاد أو عرض الاتساع لتخول به نفسها جانباً هاماً أو رئيسياً من الولاية التشريعية؛ ولا أن تهبط بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية إلى ما دون مستوياتها التى درج العمل فى الدول الديمقراطية على التقيد بها؛ ولا أن تعطل

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ على أن كافة المسائل التى لا تدخل

فى مجال القانون، تكون لها طبيعة لاجبة

Les matieres autres que celles qui sont du domaine de la loi, ont un caractère réglementaires.

(٢) يتع كثر أن يكلف البرلمان السلطة التنفيذية، بوضع اللائحة التنفيذية للقانون خلال أجل محدد، (لا أن هذا الأجل لا يعتبر محدداً بقاعدة أمرة لا يجوز تجاوزها، وإنما هو مهلة تنظيمية فقط.

الاستفاد بها بما يحصلها أعجاز نخل خاوية لا قيمة لها سواء بقتل نواتها Nucleus أو بانتقاصها من أطرافها.

رابعاً

مضمون القانون وطريقة تنفيذه

ليس كافياً أن توافق القوانين التي يقرها البرلمان نصوص الدستور في الأشكال التي تفرضها، والمضامين التي تقتضيها. ذلك أن طريقة تنفيذها هي الخط الفاصل بين تصوراتها النظرية وحققها العملية. ونحن بالتالي أن يكون تنفيذ القانون واقعاً في إطار المفاهيم التي التزمها الأمم المتحضرة في مجال ضمانها لحقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص تلك التي ملحتها مبادئ حقوق الإنسان، صفة دولية، كالحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية، وفي ضمان حرية التعبير.

بيد أن تنفيذ القانون يتأثر بما إذا كان مضمونه قد تحدد وفق ضوابط منطقية وازن المشرع من خلالها بين كافة البدائل التي لها صلة بموضوع القانون، واختار أقلها إرهاباً^(١)، وأقربها إلى تحقيق الأغراض التي يستهدفها، ولو لم يكن الدستور قد حصر حقوق المواطنين وحرياتهم في قائمة مغلقة. ذلك أن النص في الدستور على حقوق بذواتها، لا يفيد عدم استحقاق المواطنين لغيرها مما يتصل بالشئون التي تعنيهم، وترتبط آمالهم بها^(٢).

وقاعدة اختيار البديل الأقل إرهاباً، هي التي قننتها المحكمة الدستورية العليا وذلك من

خلال تقريراتها التي تؤكد فيها ما يأتي:

أولاً: أن الحكم الشرعي -كلما كان تكليفاً- يفترض دوماً أن يكون مقدوراً للمكلفين داخل في وسعهم^(٣).

(١) يلاحظ أن اختيار البديل الأقل إرهاباً يندرج في إطار المفاهيم التي أقت بها الشريعة الإسلامية التي تمنع إيقاع الناس في الحرج.

(٢) يقضي التعديل التاسع للدستور الأمريكي بأن النص في الدستور على حقوق بعضها لا يجوز أن يفسر بمعنى إنكار حق الشعب في الحقوق الأخرى التي استبقاها لنفسه.

أنظر في ذلك:

The federalist No. 84 (Modern Library ed. 1937) 3 story, commentators on the Constitution of the United States 1898 (1933).

(٣) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٨/٧/٧ - قاعدة رقم ٧٩ - ص ١١٢٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانياً: لئن كان الاجتهاد حقاً لولى الأمر ينظر فيما يعرض عليه من المسائل ليقرر الحلول التي تلتزمها إجماداً للثروة وإنهاء للتنازع والتناحر، إلا أن ولى الأمر ملزم بالآي يشرع حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عبراً، وإلا نقض قوله تعالى "ما يريد الله ليحبل عليكم في الدين من حرج" (١).

وإذا فاضل المشرع بين حلول مختلفة في شأن الموضوع محل التنظيم ليختار أمسيها لحكم الملائق القانونية التي توجبها، فإن هذه الحلول جميعها يتعين أن توافق الدستور.

خامساً

التقيد الجائرة على حقوق المواطنين وحرياتهم

ليس الدستور -على حد قول المحكمة الدستورية العليا- مجرد تنظيم إداري يحدد لكل سلطة تخوم ولايتها وقواعد الفصل بينها وبين غيرها من السلطات، وإنما يبلور الدستور أصلاً قيماً وحقوقاً لها مضامين موضوعية كل حمايتها وحرص على أن يرد عنها كل عدوان حتى لا تنقد قيمتها أو تتحدأ أهميتها. ولا تنفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الديمقراطية في أشكالها الأكثر تطوراً، ولكنها تقارنها وتقوم أسسها وتكفل إنفاذ مفاهيمها (٢).

ولا يجوز في إطار هذه المفاهيم مصادرة الحقوق أو تهديشها أو انتقاصها من أطرقتها أو الهبوط بمستوياتها إلى حدود لا تقبلها الدول الديمقراطية (٣).

فذلك كله مما لا يجوز أن يصدر عن المشرع سواء في قانون أو في قرار بقانون (٤). ذلك أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا من بعدها، وإن أجازتا أن ينظم القرار

(١) القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ في "مستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٦ ص ٦٩٦-٧٩٨ من الجزء الثامن. والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ في "مستورية" قاعدة رقم ١٢-جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- ص ١٦٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. أنظر كذلك قضية رقم ١٤ لسنة ١٦ في "مستورية" -جلسة ١٥ يوليو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٧- ص ٧٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ في "مستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤- ص ٩٢٣ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ في "مستورية" -جلسة ٣ يناير سنة ١٩٩٨- قاعدة رقم ٩٤- ص ١٠٦٧ من الجزء الثامن.

(٤) تقرر المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بجلستها المحفودة في ١٩٩١/١٢/٧ في القضية رقم ١٥ لسنة ٨ في "مستورية" - قاعدة رقم ٩- صفحة ٣٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، أن المراسيم بقوانين التي تصدر طبقاً لنص المادة ٤١ من دستور ١٩٧٣ لها بصريح نصها قوة القانون. ومن ثم تتناول هذه المراسيم بالتنظيم كل ما يتناوله القانون.

بقانون كافة المسائل التي يجوز أن يتناولها القانون، وكان البعض قد انتقد اتجاه هاتين المحكمتين إلى مساواة القرار بقانون بالقانون في شأن المسائل التي ينظمها - على الأخص في مجال حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية - إلا أن قوة القانون تتحقق في كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية طبقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، ما لم تسقط هذه القوة في الأحوال المنصوص عليها في هاتين المادتين. وقوة القانون هذه هي التي تكفل مساواة القرار بقانون بالقانون بمعنى الكلمة في مجال جواز تنظيمهما للحقوق عينها. وإن تعين القول بأن تنظيم الحقوق بقانون هو الأصل فيها، ولأن تناولها بقرار بقانون هو ما ينبغي التحوط فيه باعتبار أن كل قرار بقانون لا يتكرر في إصداره للفرض الحقيقية التي للقانون في مجال إقراره من حوار جاد يتم بالحوية والتفتق، حول مضمون القانون والآثار التي يرتبها.

سادساً

التمييز بين قيود يفرضها الدستور

وبيين قيود يفرضها المشرع على استعمال الحقوق

ويتعين دوماً في مجال القيود على مباشرة الحقوق، التمييز بين نوعين من القيود:

أولهما: قيود يفرضها الدستور على مباشرة بعض الحقوق، فلا يكون الدستور غير مصدر مباشر لها، وهذه لا يجوز لأحد أن يمارس الدستور فيها، وإنما يتعين قبولها بحالتها وتطبيقها على المخاطبين بها، أي كان قدر مقوليتها أو أثرها على الحقوق محلها^(١).

ثانيهما: قيود يكون المشرع مصدرها المباشر. وتتحدد صور هذه القيود لتراقبها المحكمة الدستورية العليا جميعها فصلاً في اتفاقها أو مخالفتها للدستور. وشرط جوازها ألا تغل بالدائرة المنطقية التي يمل فيها كل حق. فالحق في الدفاع لا يجوز أن يعاق بما يفقده محتواه أو يجرده من قيمته العملية. وكذلك الشأن في الحقوق جميعها، كالحق في العمل أو في

(١) للضحية رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤١ - ص ٦٥٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. (وبلاحظ أن من بين القيود التي يفرضها الدستور مباشرة تلك التي تستلحق بحق الانتخاب والترشيح ذلك أن المادة ٨٧ من الدستور، تستوجب أن يكون نصف عدد أعضاء مجلس الشعب - على الأقل - من العمال والفلاحين. كذلك تنص المادة ٢٦ من الدستور عن أن يكون لـصغار الفلاحين وصغار الحرفيين، ٨٠% على الأقل من مقاعد مجالس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية أو الجمعية التعاونية الصناعية).

ضمان حرمة خواص الحياة والحق في الملكية. ذلك أن الحقوق جميعها لا يجوز تنظيمها على نحو يخل بموازينها، أو بما يدمر أصلها. أو يحلها هباءً منثوراً.

سابعاً

ضابط عام في شأن دستورية القيود التي يفرضها المشرع

ولا شأن للرقابة على الدستورية بما إذا كان إقرار القانون في وقت نون آخر ملائماً أو غير ملائم، ولا بالمسألة التي ينتهجها المشرع في مجال تنظيمه لبعض الحقوق، ولو تواتر على تطبيقها، ما لم يبلور بها -يصوغ على ضوءها- مفاهيم بذاتهاها للدستور^(١)

ولا شأن لهذه الرقابة كذلك بالتعارض بين نصي قانونين يتحدان أو يختلفان في مرتبتيهما، إذا لم تكن نصوص الدستور طرفاً في هذا التعارض. ذلك أن مخالفة لأكثر من قانون، أو مخالفة قانون لقانون، يصم المخالفة بعيب عدم المشروعية. وهو عيب لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فيه.

ذلك أن ولايتها في المسائل الدستورية حذرة بطبيعتها، وتصلها على عدم الخوض في هذه المسائل كلما كان تجنبها ممكناً. فإذا وجد أساساً لإلغاء وإبطال نص قانوني، وكان أحدهما يستند إلى مخالفة نص قانوني لقانون قائم، وثانيهما إلى مخالفة هذا النص القانوني للدستور، فإن النقي على هذا النص بخروجه على القانون، ينظم المخالفة الدستورية. ولا تتوافر للطاعن بالتالي مصلحة في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لتقرر مخالفة هذا النص للدستور.

ثامناً

دائرة التأثير المتبادل بين الحقوق

لا تفصل الحقوق التي ينص الدستور عليها أو التي يكتفلها المشرع عن بعضها البعض. ذلك أن الحقوق جميعها -ركباً أصلاً عام- تتواصل فيما بينها ليؤثر كل منها في الآخر. ومنها ما يعتبر مكملاً لغيره من الحقوق. فحرمة المنازل يقربها أنها فرع من الحق من ضمان خواص الحياة. وإرادة الاختيار التي تستلهمها فيما تدخل فيه من العقد، يبسطها أنها فرع من الحرية.

(١) التوضيحية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق/دستورية- جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٨٨ - من ١٢١٢-١٢١٣ من

الشخصية. والحصانة التي يفرضها الدستور على أعمال بذواتها، يتعين النظر إليها من خلال أثرها على حقوق الملكية التي تجردما هذه الحصانة من ممتلكاتها^(١).

وحرية التنظيم النقابي يشطبها أنها فرع من حرية الاجتماع. وحق الإنسان في تكوين أسرة مؤداة أن يختار من يدخل فيها، ليكون أبلاؤه مشمولين برعايتها، وبالحقوق التي كفلها الدستور لها.

وهذه الصلة بين الحقوق بعضها البعض، يدخلها في منظومة متكاملة لا يجوز أن يفرض المشرع بصره عن بعض أجزائها. وإنما تتساند هذه الحقوق إلى بعضها، وتكبدل التأثير فيما بينها بما يحيط بالصورة الإجمالية لها، وبالمقاهيم الكلية التي تشملها، وبالمريض من خطوطها الرئيسية. بل إن إيمان النظر في هذه الحقوق - على ضوء الصلة التي تربطها ببعضها - يدل على أنها تتوافق ولا تتنافر فيما بينها، وأن منها ما يعتبر ضمناً إضافياً لغيره أو مبلوراً معناه بصورة أفضل، أو كلاً تطويره.

كذلك فإن الصلة بين الحقوق وبعضها، لآزمها أن يدخلها المشرع في اعتباره فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية لتنظيمها. فإن لم يأخذها في حسبانها، آل ذلك إلى تخبط النصوص القانونية في حركتها نحو تحقيق الأغراض التي تستهدفها، فلا تتناغم أجزاؤها، وإنما يفترط لتساوقها ويختل نسيجها العام.

فحق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يتقون فيه من بينهم. وهما بذلك حقان مرتبطان بتبادلان للتأثير فيما بينهما. ولا يجوز بالتالي أن تفرض على أهما تلك القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها، أو بما يكون كلاً إضافياً وتكف الحقائق الموضوعية المتعلقة بها.

فالنظم الانتخابية جميعها، تفرض تكافؤ فرص التمثيل فيها، وتوازن عرض المرشحين في الحصة الانتخابية لأرائهم في نطاقها، وإعلان كل منهم عن الأموال التي ينفقونها فيها ومصادرها، بما يكفل ضبط العملية الانتخابية لضمان حيديتها، فلا يصادر المشرع آراء فيها

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "مستورية" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٢ - ص ٩٠٦ ومابعدا من الجزء الثامن.

بالنظر إلى مضمونها، ليعوق اتصال الناخبين بها، وعلى الأخص من خلال تحديده مكان الحملة الانتخابية أو زمنها^(١).

كذلك فإن حق النقابة في أن تحدد بنفسها وسائل تحقيقها لأغراضها، لا ينفصل عن استهدافها الديمقراطية أسلوباً وحيداً يتوسط على نشاطها ويكتل بذاء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها، بغض النظر عن آرائهم ومعتقداتهم أو توجهاتهم.

فلا يجوز بوجه خاص إرهابها بقود تعطل مباشرتها لوظائفها، ولا أن يكون شتمها بالشخصية الاعتبارية مطلقاً على قبولها الحد من ممارستها، ولا تأسيبها موقوفاً على إذن من الجهة الإدارية، ولا أن تحل هذه الجهة ناسها محل المنظمة النقابية فيما تراه ككل لتأمين مصالح أعضائها والاضال من أجلها.

ثامناً

تعدد وسائل الإخلال بحقوق المواطنين وحرقاتهم، يبطئها جميعها

من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن النصوص القانونية هي المعدل لتحقيق الأغراض التي يتوخاها المشرع من تنظيمه للحقوق جميعها. وشرط ذلك أن تكون هذه النصوص مؤدية عقلاً لتحقيق الأغراض التي ربطها المشرع بها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بتلك الأغراض مفتعلاً قائماً على الترهيم وإنما يكون اتصالها بها حقيقياً ومنطقياً في آن واحد. ويفترض ذلك في المشرع إدراكه لمضمون كل حق، ولحقيقة الأغراض التي ينبغى أن يستهدفها أو التي حددها الدستور ورسمها.

فحرية التعبير هي الطريق لبداء نظم ديمقراطية تتحدد معها مراكز اتخاذ القرار، تتسم بتسامحها مع خصومها، وبمسؤوليتها قبل مواطنيها، وبإرضائها لكل قيد يخل بمصادقيتها، وإستجابتها بالإكفاح لإرادة التغيير، وطرحها من خلال الحوار لبدائل يفاضلون بينها لاختيار أصلحها.

ومن ثم يتحدد مضمون حرية التعبير من مطلق أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها، ولا مضادة لأوائها، ولا فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها مثالية لقيم محدودة أهميتها أو يحيطون بثوبها بمخاطر منتحلة

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق دستورية - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٤٨ - من ١١٧١ - ١١٧١
من الجزء الثامن.

بدعصولها، وبوجه خاص لا يجوز لقتلاع حرية التعبير بالنظر إلى مضمون الآراء التي يروجها^(١).

ويناقض حرية التعبير بالتالي، أن ينظمها المشرع بما يجعل الناطقين بالكلمة، يخفون من مخبتها عليهم. وفي ذلك خروج على المضمون الحق لحرية التعبير التي تكفل تنطق الآراء وإنسابها بغض النظر عن مصدرها أو محتواها، ودون ما اعتداد بمن يثقلونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العلم، يفترض تساوياً في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن شغافية العناصر التي يدور الجدل حولها، مؤداة حظر حجتها أو تشويهها أو تزييفها^(٢).

عاشراً

صور من القيود غير المبررة على مباشرة الحق أو الحرية

الأصل في حقوق المواطنين وحرياتهم التي لم يمنحها المشرع، أنها تدخل في دائرة المسباح. فإذا نظمها المشرع بقانون، تعين أن تكون القيود عليها في أضيق نطاق ومن طبيعة القيود التي يجوز القبول بها في الدول الديمقراطية مجتمعاتها.

وكما كان الغرض من هذه القيود إزهاق مخاطر يخل بها النظام العام، تعين حصرها في نطاق الضرورة التي تقتضيها، وأن يكون أثرها فعالاً في تقييد أو تقليص هذه المخاطر كافيلاً تناسبها معها Nécessaire, efficace et proportionnée à l'importance du désordre وهو ما يقتضي النظر في أمرين:

أولهما: عمق الدائرة التي تتناولها هذه المخاطر بآثارها.

ثانيهما: ما إذا توافر بديل عن هذه القيود، يكون أقل حدة منها، وأدنى لتحقيق أهدافها.

فإذا جاوزت تلك القيود بمداهها حقيقة المخاطر التي تولجها، أو لم يكن لها بها من شأن، تعين إلطائها.

وتكون القيود على حقوق المواطنين وحرياتهم منافية لطبيعتها ولمتطلباتها في فروض كثيرة يندرج تحتها:

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق دستورية من ١١٦٨ و ١١٧٠ من الحكم السابق.

(٢) من ١١٧٠ من الحكم السابق.

أولاً: أن تمارس الإدارة سلطتها البوليسية لتعلق انتقاع للمواطنين ببعض حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور أو القانون، على شرط إخطارها سلفاً بمزمعهم على مباشرتها^(١). وهو ما لا يجوز. ذلك أن شرط الإخطار ليس من القرائض التي علق الدستور عليها هذه المباشرة. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا في مجال بيانها لحدود حرية التعبير، وذلك بقولها بأن هذه الحرية لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة عليها، أو من جهة العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها^(٢).

ثانياً: أن تعلق الإدارة مباشرة بعض حقوق المواطنين على التراخيص سابقة *L'autorisation préalable* تصدرها وفق مطلق تقديرها لتضمنها أو تمنعها بإرادتها بما يناقض حقيقة أن فرائض هذه الحقوق أو متطلباتها لا شأن لها بمثل هذه التراخيص التي تعوق مباشرتها.

ولئن جاز القول بأن الحصول على هذه التراخيص قد يكون ضرورياً كشرط لمباشرة بعض المهن، ولضمان حق المواطنين في صحتهم أو سكينتهم، إلا أن شروط هذه التراخيص التي لا نزاع في أهميتها وضرورتها في هذه الأحوال، حدها قواعد الدستور^(٣).

ثالثاً: أن تكون القيود التي فرضتها الإدارة على حقوق المواطنين أو حرياتهم التي تنظمها، تزيد وملائتها على تلك المقررة بالقوانين الصادرة في شأنها. ذلك أن القيود الأشد التي

(١) كان تجمل عند اجتماع معين، موقفاً على إخطارها سلفاً بالاتجاه إلى هذه، حتى إذا حضره المجتمعون تعقبهم في أرائهم أو هذنتهم في حرياتهم، أو باشرت ضدهم تدابير قمعية لحملهم على إفساد الاجتماع. كذلك يناقض شرط الإخطار المسبق، المضمون الحق أو الحرية. إذ لا يدخل هذا الإخطار في مكوناتها، ولا هو من متطلبات إلزامها. ويتبين بالتالي أن يعمل كشرط مضاد يطل أيدي الحق أو الحرية، ويؤثر بالضرورة على تحقيقها لأهدافها.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٤٦ - ص ٦٤٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) يرفض المجلس الدستوري الفرنسي تطبيق مباشرة الصحافة المكتوبة لحرية تداول الآراء والأفكار على ترخيص مسبق *L'autorisation préalable* ولكنه يجوز ذلك بالنسبة إلى وسائل الإعلام المرئية كالتلفزيون. C. C. 86- 217 DC, 18 sep. 1986, R.p 141. ولا كذلك منع الإعلان عن الطباخ أو السواد الكحولية بقصد ترويجها ذلك أن هذا المنع وإن كان يخل بمرص ترويجها ويضر بحقوق الملكية وبحرية المشرع الخاص، إلا أن ذلك المنع يستهدف الحفاظ على صحة المواطن. C. C. 90 - 283 DC, 8 Janv. 1991, R.p. 11.

تفرضها السلطة التنفيذية، تبلور انحرافها في استعمال سلطتها وترهق المخاطبين بها دون مقتضى.

ربما: أن تخذ الإدارة بالمجال المحجوز للقانون بنص الدستور من خلال لوائحها التي تصدرها بإرادتها المنفردة، والتي لا تتوقف لها الإجراءات المطولة والبطيئة *Lente et longue* التي تستغرقها عملية صناعة القانون. ذلك أن البرلمانيين يوجهون اهتمامهم إلى كل مادة يحتويها مشروع القانون المحروض عليهم، وينظرون في مثالبها ومزاياها، وما هو قائم من توافق أو تعارض بين مواد مشروع القانون. والبرلمانيون يوجهون ذلك كله من خلال آراء يطرحونها علانية - وقد تتناقض فيما بينها - *Une débat public et contadictoire* على ضوء أهمهم لإيماده، ولحققة المصالح التي استهدفها، ليخرج القانون - بعد إقراره وإصداره - في الصورة التي أرادوها. فلا يكون إلا تعبيراً غير مباشر عن إرادة هيئة الناخبين التي يفترض ألا تنقسم بالانكساع أو الإهمال. وتكفل قواعد القانون المجردة، مساواة المخاطبين بها في مجال تطبيقها. كذلك فإن تعمق البرلمانيين مواد مشروع القانون قبل إقراره، يزيده ثراء، ليكون القانون والقضاة المحايدين كفلاء لحقوق المواطنين وحيرياتهم^(١).

والقانون في كثير من النظم من عمل برلمان مؤلف من مجلسين، فلا يكون ثانيهما - هو الأعلى بحكم تشكيله - غير ضامن لمزيد من البحث، ولرؤية أعمق وأشمل^(٢).

خامساً: أن تصدر السلطة التنفيذية تشريعا وقائيا يخلو اتخاذ تدابير ممانعة *L'interdiction* تصدرها في نطق سلطاتها البوليسية، كحظرها لتظاهرة في الطريق العام تخذل في نظرها بالأمن. وخطورة هذا الإجراء أن مجرد الطعن قضائيا في أوامرها الممانعة، لا يوقف تنفيذها، ولن الحصول على التعويض عن أضرارها، كثيراً ما يكون متراجهاً^(٣).

خاتمة

أهمية تنظيم القانون لحقوق المواطنين وحيرياتهم الأساسية

يقيد القانون حقوق المواطنين وحيرياتهم، ويؤثر بالتالي في كيفية مباشرتهم لها، وفي نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجالها سواء من خلال التدابير الفردية التي تتخذها في حالة بذاتها أو عن طريق لوائحها التي تنقسم بعموم تطبيقها.

(١) C. C. no. 84- 181, DC, 10-11 Oct. 1984.

(٢) Charles Debbasch- Jean Marie Pontier- Jean Claude Ricci- Jacques Bourdon, *Droit constitutionnel et Institution politiques* 3 e édition augmentée et corrigée, Economica, p. 545.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5e édition, pp. 105-112.

كذلك فإن حقوق المواطنين وحرياتهم يتحدد نطاقها على ضوء عمق القيود التي يفرضها للمشروع عليها، وما إذا كان البرلمان يأخذ شكل واجهة للسلطة التنفيذية بجيبها إلى نزواتها، ويفوضها في الخطير من الشئون التي يتولاها، ويعهد إليها - فيما يقره من القوانين - بتفصيل مبادئ الكلية والعريض من خطوطها الرئيسية، فلا تكون السلطة التنفيذية التي انساق للبرلمان إليها وأطاعها فيما تريد، وتخلي لها عن بعض مظاهر الولاية التشريعية، تابعة للبرلمان *Un pouvoir subalterne* تعمل في إطار النظم القانونية التي يقرها، ولكنها تصنعها بيد البرلمان تابعها وخليفها. وفي ذلك خروج على مفاهيم الديمقراطية^(١).

ثاني عشر

التنظيم الأولي لحقوق المواطنين وحرياتهم

قد يتعلق الأمر بحقوق المواطنين تعتبر من قبيل الحقوق الطبيعية، فلا يكون تنظيمها بقانون إلا تقريراً لحقيقة قانونية هي أنها أولى من غيرها بالصياغة. لأنها جزء من تكوين الإنسان خلق ليعيش في رحابها، فلا ينفصل وجوده عنها.

وقد انتقد كثيرون مفاهيم الحقوق الطبيعية بالنظر إلى غموضها وتبعها واستحصائها بالتالي على التحديد الحازم لضبطها؛ إلا أن تقرير هذه الحقوق - التي تدرج الحرية للشخصية تحتها وكذلك الحق في الحياة، والحق في التنقل وإرادة الاختيار للدخول في العقود للملازمة أو الضرورية - مرده إلى الفطرة وإلى البداهة العقلية. فالناس جميعهم - وعلى تباين ملكاتهم وخصائص تكوينهم النفسي والعقلي - كانوا يتمتعون أصلاً بها قبل انخراطهم في تنظيم اجتماعي ما قبلوا الدخول فيه إلا بقصد ضمان هذه الحقوق بصورة أفضل من خلال تبادل الانتفاع بها، ولتأمين المصالح التي التي تضمهم إلى بعض في مجال مباشرتها.

ثالث عشر

نطاق الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم

لا تنحصر حقوق المواطنين وحرياتهم في تلك التي نص عليها الدستور أو التي كفلها المشرع، ولكنها تشمل مجموع حقوقهم وحرياتهم المقررة دستورياً وتشريعياً، وكذلك كل ما يندرج ضمناً تحتها ويعتبر من مضمولاتها. بل إن التطور الراهن لحقوق المواطنين وحرياتهم

(١) Jean Rivero, "Pour un executive qui execute", la Croix, 16 mai 1973; Jacques Robert, "La dialogue démocratique", la Croix, 16 April 1975.

الأساسية يتأبى على حصرها في قائمة مغلقة، ويجعل هذه القائمة مفتوحة لكل جديد يكملها ويطورها.

وإلى هذه القائمة المفتوحة والمتجددة مفرداتها، تمد المحكمة الدستورية العليا بصرها لتحيط بها في كل تطبيقاتها. لا فارق في ذلك بين نصوص قانونية صاغها المشرع وفقاً لمعيار مرن لضمان استيعابها لأوضاع تتغير ظروفها وملابساتها، وبين نصوص قانونية لفرغها للمشرع في قوالب جامدة لتوحيد الحكم القانوني في شأن الصور المختلفة لتطبيقها^(١).

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية، - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢ ص ١٧٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من صور القواعد الجامدة التي يلجأ إليها المشرع لتنظيم الحقوق، حدود الغبن في بيع عقار القاصر وجزاء الطول عن الحريون وفوائد التأخير. ويقوم معيار الإكراه والاستغلال المنصوص عليها في القانون المدني وكذلك ما يعتبر غلطا جوهريا أو تدليسا، أو باعاً دليفاً إلى التعاقد، على ضوابط مرنة تختلف تطبيقاتها من حالة إلى أخرى.

الفصل الثالث

السلطة التشريعية بين التكدير والتقييد

المبحث الأول

الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم

المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية

٩٠٦- تتولى السلطة التشريعية إقرار كافة القوانين الملزمة والضرورية لتنظيم أوضاع مجتمعها، غير مقيدة في ذلك لا بطبيعة المسائل التي تتناولها هذه القوانين، ولا بنوع المصالح التي تؤثر في تشكيل أحكامها، ولا بحقيقة الأغراض التي تتوخى تحقيقها من وراء إقرارها.

وحسبها أن ترسم في ذلك كله حدود الدستور، لا استثناء من هذه القاعدة، إلا أن يكون الدستور قد عهد إلى السلطة التنفيذية بأن تنظم مسائل بذواتها تدخل أصلاً في الولاية التشريعية، ليكون اختصاصها بتنظيمها أصيلاً، ومولها لاختصاص البرلمان فيما نقره هذه القوانين.

ذلك أن السلطة التنفيذية تباشر في هذا الفرض ولاية تشريعية بناء على نص في الدستور احتجز مسائل بذواتها لها وقصرها عليها لتشروع فيها مثلاً يشرع البرلمان في المسائل التي أفرد الدستور بها.

وهو ما نراه في فرنسا التي وزع دستورها لعام ١٩٥٨ الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية. فاختص البرلمان بالمسائل التي حصرها في المادة ٣٤ من الدستور، وجعل ما عداها - على ما تقتضي به المادة ٣٧ من هذا الدستور - من طبيعة لاحقة لتتفرّد السلطة التنفيذية بها، فلا يزاحمها البرلمان فيها.

وهذا الاختصاص الموزع في لطاق الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية، تؤكدته المادتان ٣٤، ٣٧ من ذلك الدستور، ونصهما الآتي:

مادة ٣٤

يقترح البرلمان على القوانين.

يحدد القانون القواعد المتعلقة بـ:

- الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك الضمانات الأساسية لمباشرة حرياتهم العامة، وفرائض الدفاع الوطني التي يتحمل المواطنون بها في أشخاصهم وأموالهم.
- الجنسية والحالة وأمنية الأشخاص وللنظم المالية للزوجين والميراث والهبات.

- تحديد الجنايات والجنح وكذلك عقوباتها، والإجراءات الجنائية، والعفو العام، وإحداث نظم قضائية جديدة والنظم التي تحكم القضاة.

وعاء الضريبة ومعدلها وشروط رد كلفة للفرائض أيا كانت طبيعتها، ونظام إصدار العملة.

ويحدد القانون أيضا:

- قواعد النظام الانتخابي لمجلسي البرلمان وللهيئات التشريعية المحلية.

- القواعد المتعلقة بالتأميم وبتحويل ملكية المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛ وقواعد إنشاء أنواع من المؤسسات العامة؛ وكذلك القواعد المتعلقة بضمانات الموظفين للمدنيين والعسكريين.

ويحدد القانون أيضا المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطني؛ وللإدارة الحرة لوحدة الحكم المحلي ولخصائصاتها ومواردها؛ وللتنظيم؛ ولنظام الملكية وللحقوق المدنية؛ وكذلك لكل التزام -سندبا كان أم تجارياً- وللحق في العمل؛ وللحق في التأمين الاجتماعي؛ وللحق النقابي؛ وللقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة ونفقاتها وفق الشروط وتحت التحفظات التي يبينها قانون عضوي. كذلك يحدد القانون المبادئ المتعلقة ببرامج الدولة الاجتماعية والاقتصادية.

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ على أن أحكام هذه المادة يجوز تحديدها وتكملتها بقوانين عضوية.

مادة ٣٧ ونصها الآتي:

فقرة أولى: تعتبر من طبيعة لائحية، كالمسائل التي لا تدخل في النطاق المحجوز للقانون وتدين من نص المادة ٣٤ .

فقرة ثانية: النصوص القانونية ذات الشكل التشريعي التي تتدخل في المجال اللائحي، يجوز تعديلها بمراسيم بعد أخذ رأي مجلس الدولة. فإذا كان للتدخل بهذه النصوص في المجال اللائحي، ولما بعد دخول هذا الدستور في مرحلة التنفيذ، فلا يجوز تعديلها بمرسوم ما لم يقرر المجلس الدستوري أنها من طبيعة لائحية وفقاً لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة.

ويبين من نص المادة ٣٤:

ولاً: أن اقتراح البرلمان على القانون، مؤداة أن السلطة التشريعية معقودة لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اللذين يكونان البرلمان معاً. وليس لرئيس الجمهورية بالتالي دور في عملية الاقتراح على القانون.

ثانياً: أن المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور الفرنسي تنظمان عملية تقسيم الاختصاص فيما بين السلطة التشريعية التي تقتصر على القانون، والحكومة التي تباشر سلطاتها التنفيذية من خلال مراسيم تصدرها. وعلى ضوء عملية التقسيم هذه لا يباشر البرلمان ولاية تشريعية في غير المسائل التي لفرد الدستور بها، أيخل ما عداها في نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بوصفها مسائل من طبيعة لاحية.

وهو ما يعني أن ينحصر اختصاص البرلمان في مسائل بذواتها، أحصاها الدستور Limitativement énumérées ليتولاها البرلمان دون غيره وأن اختصاص السلطة التنفيذية بما عداها، مؤداه أن تنقسم ولايتها في مجال تقرير القواعد القانونية بالعموم compétence du droit La commune. وليس للبرلمان الفرنسي بالتالي أن يشرع كالبرلمان البريطاني في كل شيء إلا أن يحول الرجل إلى امرأة.

كذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧ المشار إليها، على أن كل النصوص القانونية ذات الطبيعة التشريعية الصادرة قبل الدستور، والتي صار الاختصاص بها داخلاً في ولاية السلطة التنفيذية عملاً بالفقرة الأولى من هذه المادة، يجوز تعديلها بمرسوم بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

إذاً لفر البرلمان بعد العمل بهذا الدستور لصوصاً قانونية تدخل في المجال للاحى وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٧ المشار إليها، فلا يجوز تعديلها بمرسوم، إلا إذا قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن لهذه النصوص، طبيعة لاحية.

المطلب الأول

نطاق اختصاص السلطة التنفيذية

٩٠٧- ومواء تعلق الأمر باختصاص السلطة التنفيذية في مجال إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، أو اللوائح القائمة بذاتها -والتي تستقل في وجودها عن قانون قائم تصدر تنليذاً لأحكامه- كوائح الضبط، والوائح المتعلقة بتنظيم المرافق العامة، ومواء كان اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع مما يدخل في نطاق وظائفها الطبيعية، أو يخرج عن المجال الطبيعي لولايتها؛ فإن الرقابة القضائية تتبسط على كافة القواعد القانونية التي تصدرها، وذلك في الدول التي تفرض هذه الرقابة على النصوص القانونية جميعها، ليا كان موقعها أو لجهة التي أقرتها أو أصدرتها.

ولئن كان الأصل هو جواز الطعن أمام محاكم مجلس الدولة في القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة كلما شابها عوار يتصل بانحرافها في استعمال سلطاتها، إلا أن النصوص للاتحية جميعها يجوز إبطالها لمخالفتها الدستور بعد عرض هذه المخالفة على الجهة القضائية التي تتولى الرقابة على الدستورية، وتيقننا من صحتها.

وسواء نطق الأمر بالشطط في استعمال السلطة، أو بمخالفة القواعد القانونية للاتحية للدستور، فإن الجزاء في الحالتين هو إلغاء القرارات الفردية التي جاوزت بها الإدارة حدود سلطاتها، أو إبطال القواعد القانونية التي خرجت بها على حدود الدستور.

المطلب الثاني

نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان

٩٠٨- غير أن الصعوبة الأكبر هي في نطاق سلطة التقدير التي يتمتع البرلمان بها فيما يقره من القوانين. ذلك أن التقدير ليس تشهيا أو إملاء. وإنما التقدير نقض كل حكم -ولو لم يخطط بالأهواء- بل كان قرين النزق والانكشاف.

ويفترض لجواز التقدير دستوريا أن يفاضل المشرع وفق أسس منطقية بين بدائل تتراوح جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة ويتنوع تحقيقها. فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية ينظر المشرع فيها لاختار أفضلها تقييدا للحقوق التي ينظمها، وأعمقها اتصالا بالأغراض التي تستهدفها، وبالمصالح التي تعطيها فاعليتها.

ومن ثم لا يكون مناهة التقدير انحرافا أو التواء، وإنما هو إعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة تنتزع جميعها للموضوع محل التنظيم، ليعطيها المشرع حقا من التقييم الموضوعي المجرد من مظاهر الافتعال والتعمل. فلا تنفصل الحلول التي ينتقها عن واقعها وكأنها تحلق في الفراغ.

٩٠٩- ولا يجوز أن يقال بأن خوض جهة الرقابة القضائية على الدستورية في نطاق السلطة التقديرية للمشرع على النحو المتقدم، هو إحلال لنفسها محل المشرع فيما يراه صوابا. ذلك أن جهة الرقابة هذه، لا تقدم للمشرع بديلا تراه هي أكثر ملامة أو أجدر قبولا. وإنما تحرص هذه الجهة على تحقيق أمرين:

أولهما: تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المطعون فيه. ثانيهما: النظر في الوسائل التي اختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وعلى ضوء هاتين الوجهتين، لا يعتبر عمل المشرع موافقاً للدستور، ما لم تتوافر علاقة مفهومة تربط بالنصوص القانونية التي أقرها أو أصدرها بأهدافها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرض حدودها، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالفها -لما كان قدر اتصالها بأهدافها- ذلك أن الفرض الدستور لازماً أن يعمل المشرع في إطار سلطة مقيدة، لا تقديرية.

٩١٠- وجود السلطة التقديرية التي يعمل المشرع في نطاقها على النحو المتقدم، هي التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، وعلى امتداد سنين طويلة من عمرها، لتفطنها بعد ذلك في أواخر ٢٠٠٢. ذلك أن هذه المحكمة تقرر في حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" للصلدر عنها بجلستها المقودة في ٢٠٠١/١٢/٩^(١). إن الدائرة التي يباشر المشرع في نطاقها سلطته التقديرية، هي الواقعة بين حدين، ينطلق أحدهما بما يعتبر واجباً، وثانيهما بما يكون نهياً.

ولعل ما نقصد إليه للمحكمة من ذلك، هو أن الدستور قد يأمر المشرع بعمل معين أو ينهيه عن عمل، فلا تكون أوامره للدستور، ونواهيها، إلا قيداً على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق. فإذا ألزم المشرع ما أمره الدستور به أو ما نهاه عنه، فإن سلطته التقديرية تكون مطلقة.

٩١١- وقضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك محل نظر من ناحيتين:

أولاهما: إن السلطة المخالطة بأوامر الدستور ونواهيها، تنقيد بتفويضها في كل الأحوال شأن أوامره التي كلفها بالخضوع لها، شأن نواهيها التي عنوها ألا تفريها. ومن ثم يكون واجبها

(١) لم يشر بعد هذا الحكم: ونص عبارات الحكم هي: «جن الدائرة التي يجز فيها الدستور للمشرع أن يباشر سلطته التقديرية لمواجهة مقتضيات الواقع، هي الدائرة التي تقع بين مدى الوجوب والنهي الدستوريين. ومن ثم يكون الاختلاف بين الأحكام التشريعية المتمثلة في تنظيم موضوعاً واحداً، تعبيراً عن تغير الواقع عبر المراحل الزمنية المختلفة، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة الذي يستلزم أحد أهم مقوماته من وحدة المرحلة الزمنية التي يطبق خلالها النص القانوني الخاضع لضوابط المبدأ. فإذا تباينت النصوص التشريعية في معالجتها لموضوع واحد، وكان كل منها قد طبق في مرحلة زمنية مختلفة، فإن ذلك لا يعد بحد ذاته إخلالاً بمبدأ المساواة، وإلا تحول هذا المبدأ من ضابط لتحقيق العدالة، إلى سد حائل دون التطور التشريعي».

متصرفاً إليهما معاً. ذلك أن أوامر الدستور حمل لها على أداء عمل معين، ونواهيها حمل لها على اجتنابه، ليكون الأمر والنهي ولجبين على السلطة التشريعية.

ثانيتهما: أن للقيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية صوراً متعددة.

* فقد يحيل الدستور إلى القانون في تنظيم حق معين، كحق للهجرة الدائمة أو الموقوتة. وقد يجعل أداء الضريبة وجباً وفقاً للقانون، أو يقرر تنظيم الحق في الاجتماع على الوجه المنصوص عليه في القانون. أو يجعل التجنيد إجبارياً وفقاً للقانون، أو يحيل إلى القانون لتحديد الأحوال التي تقام فيها للدعوى الجنائية بغیر أمر من الجهة القضائية.

لغى هذه الصور جميعها لا يجوز بغير قانون، تنظيم الموضوع الذى تتعلق به هذه النصوص، وإن ظل مضمون التنظيم وحقيقة الأغراض التي يتوخاها، خاضعاً للرقابة على الشرعية الدستورية، ولا يدخل بالتالى فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

ذلك أن دائرة تنظيم المشرع للحقوق بوجه عام، هي الدائرة الأكثر اتصالاً بحقوقهم وحرياتهم العامة التي كفلها الدستور. وهي كذلك الدائرة التي يهبط عليها التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية. أكثر أشكال هذه الرقابة صرامة وبأساً، خاصة بعد أن لم تعد دائرة حقوقهم وحرياتهم هذه، منحصرة في تلك التي نص عليها الدستور وأصلها، وإنما تحتها إلى حقوق جديدة لا نص عليها في الدستور.

ومن ذلك ما تقرر في التنظيم المقارن من اعتبار الحق في تسيير المرافق العامة، والحق في التكمية، والحق في التعاقد، والحق في إنهاء الحياة، والحق في الإجهاض، والحق في النفاذ إلى القضاء بدرجاته المختلفة، من قبيل الحقوق التي يتعين ضمانها، ولو لم يرد بها نص في الدستور. فلا تكون حقوقاً منحصرة في دائرة مغلقة لا تقبل الإضافة إليها أو التحديل فيها، بل هي دائرة مفتوحة تقبل مزيداً من الحقوق الجديدة التي لها قيمة دستورية.

فالعمال الذين يضررون عن العمل، يعتبر حقهم في ذلك ذا قيمة دستورية، ولو كان هذا الحق مسموئاً عنه في الدستور. وينظر إلى النفاذ إلى القضاء باعتباره حقاً ذا قيمة دستورية إذا لم ينص الدستور على هذا الحق.

وتتلور هذه المفاهيم الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم نمطاً جديداً من الحماية الدستورية للحقوق لا ينطلق على صورها المنصوص عليها في الدستور، وإنما يتعداه إلى

حقوق جديدة تنداح دائرتها يوما بعد يوم لتظهر في قائمة حقوق المواطنين وحرياتهم، حقوق مبتدأة كان مجرد تصورهما بعيدا عن الأذهان^(١).

* وقد يعطى الدستور أوامر مباشرة للمشرع في موضوع حده، فلا يكلفه فقط بإصدار قانون لتنظيم هذا الموضوع، وإنما ينهاء عن عمل معين، كأن يحظر مصادرة وسائل الاتصال، أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسببا ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون. [مادة ٤٥ من الدستور].

وقد يكفل الدستور حرية الصحافة ويحظر إذلالها أو وقفها أو إلغائها إداريا [مادة ٤٨ من الدستور].

وقد يحظر إذاء كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تُقيد حريته على وجه آخر، سواء كان هذا الإذاء بدنيا أو معنويا [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز الدستور -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الشخص أو تقييد حريته من خلال التفتيش أو الحبس أو غيرهما أو حرمانه من الحق في التنقل، إلا بأمر يتطلبه التحقيق وصيانة الأمن العام، على أن يصدر هذا الأمر من قاض أو من النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز كذلك إجراء تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر.

(١) لم يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي عدم رجعية القرارات الإدارية، ولا حرية للتجارة والصناعة، ولا المسافرة في المعاملة على صعيد الملائق الاقتصادية، ولا شرط المواجهة في الإجراءات الإدارية *procédure contradictoire en matière administrative*، ولا حتى وجود طعن بإساءة استعمال السلطة، من المبادئ العامة للقانون ذات الصلة الدستورية. انظر في ذلك ص ٧٨٩ من الطبعة الثامنة لمؤلف عواقه *مستور الجمهورية الفرنسية الخامسة - تحقيقات وتعليقات تحت إشراف كل من القنصلين Gerald Conac; François Luchaire* وقد أعبر المجلس الدستوري الفرنسي حق النفاذ إلى القضاء من الحقوق ذات القيمة الدستورية C.C.23 mai 1979, p.27; 22 juillet 1988, p.46. ويلاحظ أن تعدد درجات التقاضي كان من المسائل المختلف عليها بين مجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري الفرنسي، فبينما يعتبره مجلس الدولة من المبادئ العامة في القانون الواجب تطبيقها [C.E, 4 fév. 1944] فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يراه كذلك [C.C. 19 nov. 1975].

كذلك يعتبر مبدأ ذا قيمة دستورية أن يكون سكوت الإدارة عن اتخاذ قرار معين كان يجب عليها اتخاذه وفقا للقانون، بمثابة رفض لهذا القرار.

٩١٢- تلك نواه يفرضها الدستور على المشرع أو على جهة الإدارة. ويدل إمعان النظر فيها على إنها جميعها تعمل في إطار منظومة تتكامل حلقاتها وتتضافر أجزاؤها. ولا يجوز بالتالي تفسيرها بعيدا عن الإطار العام الذي يشملها.

فحظر مصادرة وسائل الاتصال المختلفة أو الإطلاع عليها، فرع من حرية التعبير. ذلك أن وسائل الاتصال هذه لا يحميها الدستور لذاتها، وإنما بالنظر إلى رسالتها التعبيرية التي تحملها. ويتعين بالتالي أن تواجه الهيئة القضائية كل قانون يصادر رسالتها هذه، باعتباره قانونا مغالفا للدستور. شأن وسائل الاتصال البريدية والبرقية والهاتفية في ذلك، شأن وسائل الإعلام التي تنصدها الصحافة باعتبارها أكثر وسائل الإعلام قوة ومضاء بالنظر إلى اتساع الدائرة التي تعمل فيها، واتصالها بالتالي بأعداد غفيرة من المواطنين الذين يتطلعون إلى الكلمة الصادقة، ولو كانت تعبيراً مناوئا للدولة.

وتظل رسالتها التعبيرية والقيمة في إطار الحق العلم المنصوص عليه من المادة ٤٧ من الدستور التي تكفل للناس جميعهم حرية التعبير عن آرائهم ونشرها بالقول أو بالكتابة أو بالصورة أو بغير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، فلا يقيد القانون حريتهم هذه إلا لمصلحة قاهرة، كان تكون آراؤهم جزءا من مطبوع داعر تتحتم قيمته الاجتماعية، ولا يتمحض إلا فحشا وفجورا.

كذلك، فإن صون كرامة الإنسان، هي الخلفية التاريخية والإنسانية لحم جواز إيذائه أو فرض عقوبة قاسية عليه أو إخضاعه لمعاملة تنافي أسمى قيمته بالنظر إلى شذوذها أو إجرائها تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه.

ويتعين بالتالي أن ينظر في مدة العقوبة أو المعاملة التي لا يجوز فرضها على إنسان، إلى معاييرها في الضمير الحر، وإلى أن ما لا يجوز من صورها، هو تلك العقوبة أو المعاملة التي تمعن في قسوتها أو في خروجها عن ضوابط الاعتدال، لتحط من كرامة الإنسان وفق مستوياتها للمعاصرة.

فتح إذن في إطار نواه لا تعمل بوصفها قائمة بذاتها، وإنما في إطار حقوق أعم، وعلى ضوء منظومة أشمل يعتبر الدستور فيما أتى به من نواه، واقعا في إطارها.

وعلى الهيئة القضائية أن تعاملها لا من منطلق أن المشرع بالنسبة إليها سلطة تقديرية كاملة، وإنما من منظور المنظومة الشاملة التي تصنعها، وتعتبر من ثغورها.

* وتبقى بعد هذا الصورة الثالثة من القيود التي يفرضها الدستور ضمنا على المشرع. ذلك أن الدستور لا يكفل للمواطنين حقوقهم وحرياتهم التي ينص عليها، لتصل في الفراغ، أو بما يجردها من منافعها أو يطل استثمار مكناتها. وإنما يطمحها قيمتها العملية من خلال ضمان المجال الطبيعي لحركتها، فلا تهيم على وجهها، ولا تتهدم لتفوق قواها. ومن ثم جاز تنظيمها بما لا يعطلها أو يرهقها، وعلى الأخص عن طريق تخطه في الدائرة الدلالية لهذا الحق، وهي التي يتنافس من خلالها، وينبض معها بالحياة. وينونها بصير الحق هادما.

ومن ثم جاز تنظيم الحق أو الحرية فيما وراء الحدود الخارجة لهذه الدائرة، وبما لا يعطل الأغراض التي توخاها الدستور من تقريرها.

٩١٣ - ولزم ما تقدم، أن يبشر المشرع السلطة التقديرية التي يملكها في حدود قيتين:

أولهما: ألا يكون تنظيمه للحق مجالها حقيقة محتواة، أو منصرفا إلى تحقيق أغراض لا صلة لها بالمنظور العام لرضاء المواطنين.

ثانيهما: أن تكون النصوص القانونية التي يقرها، وسائل منطقية لتحقيق الأغراض التي حددها المشرع لها أو التي ربطها الدستور بها.

وتلك هي منطقة البدائل التي ترقبها الجهة القضائية، ذلك أن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز تنظيمها إلا بأكل القيود عليها، ولمصلحة عليا يستظل بها هذا التنظيم.

٩١٤ - فهل يجوز أن يقال بعد ذلك بأن السلطة التقديرية للمشرع تقع فيما بين مدى الوجوب والذي على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في آخر أحكامها. أم أن التقدير في حقيقته، هو الحدود المتوازنة للعمل التشريعي، التالية عن انقضاء الحكم، والموافقة لنصوص الدستور في دلالاتها الصريحة والضمنية، خاصة ما تعلق منها بطبيعة الحق محل التنظيم، والأغراض التي يستهدفها، والمنظومة الأشمل التي يستقر واقعها في إطارها.

الفصل الرابع

الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني

٩١٥- بحكم شرط الحماية القانونية المتكافئة، المراكز القانونية التي تتوحد في العناصر التي تقوم عليها، فلا تتفترق أجزاؤها، بل تتوافق بما يكفل توافيقها.
وهو يكفل عين الحماية لهذه المراكز، وما يتولد عنها من حقوق، سواء كان الدستور مصدرا لها، أم كان نص القانون هو أداة إنشائها المباشرة.

لحق عمال القطاع العام في أرباح مشروعاتهم، يستند مباشرة إلى نص المادة ٢٦ من الدستور. فإذا أقر البرلمان قانونا كلل به حق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من الأرباح الصافية لمشروعاتهم، صار النص القانوني مصدرا مباشرا لهذا الحق في حالة بذاتها هي التي حددها ذلك النص وبين نطاقها ورسم مداها ورتب عليها حكمها.

ولا يتصور بالتالي في أي التزام إنشاء المشرع مباشرة بنص قانوني خاص، أن يكون هذا الالتزام مبهما، أو غير مكتمل الأركان، أو مجردا من أثره، ولا أن يكون بيد الدائن أو المدين حق تعيين مدام. وذلك سواء كان الالتزام القانوني بإعطاء شيء أو بإداء عمل أو بالامتناع عن عمل. إذ يتولى النص القانوني الخاص -في هذه الصور جميعها- تحديد مضمون الالتزام القانوني، والدائرة التي يعمل فيها، والآثار التي ينتجها، ليحيط بها من بدايتها إلى نهايتها.

مثل حق عمال القطاع الخاص في الحصول على جزء من أرباح المشروع، مثل حق بعض الأقرباء في النفقة، وحق الدولة في الحصول على دين الضريبة من الممول، والالتزام الجار بالآبهم حائطا يستقر به جاره دون عنق قاهر.

ويتعين القول بالتالي بأنه كلما كان نص القانون مصدرا مباشرا لالتزام قانوني، فإن تعيين ماهية هذا الالتزام ونطاقه، يقتضى الرجوع إلى النص القانوني الذي أنشأه.

٩١٦- وقد أثير أمام المحكمة الدستورية العليا نزاع خطير يطبق بحق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من أرباح مشروعاتهم وفق القوانين المنظمة لها.

وفيما يلي عرض لأبعاد هذا النزاع:

أولاً: النصوص القانونية المتعلقة به

أ. كان البلد (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ينص على أن تجنب ١٠% من الأرباح الصافية للشركة لتوزيعها على موظفيها وعيالها عند توزيع الأرباح على المساهمين، وذلك وفقاً للتواعد التي يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية.

ب. ثم صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظام استثمار المال العربي والأجنبي والمعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧ - وقضى في مادته الثانية عشرة، باستثناء الشركات المنفعة بأحكام هذا القانون من حكم البلد (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه، على أن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على الموظفين والعمال طبقاً للتواعد التي يقرها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العمومية.

ج. وتلا ذلك صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار، الذي قضى في الفقرة الأولى من مادته العشرين، باستثناء المشروعات التي تنشأ طبقاً لأحكام هذا القانون من حكم المادة ٤١ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ وفي فقرتها الثالثة بأن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على العاملين بها طبقاً للتواعد التي يقرها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العامة بما لا يقل عن ١٠% من تلك الأرباح.

د. ثم صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٢ بتحليل بعض أحكام قانون الاستثمار بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، وذلك بأن استعاض عن نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، بنص جديد يقضى بأن يكون للعاملين نصيب في أرباح شركات الأموال التي تعتمدها الجمعية العامة لكل شركة بناء على اقتراح مجلس الإدارة، وذلك بما لا يقل عن ١٠% من هذه الأرباح، ولا يزيد على الأجور السنوية للعاملين بالشركة.

هـ. وأخيراً صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، ملغياً -بنص مادته الرابعة- قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، عدا الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من هذا القانون.

ثانياً: دلالة النصوص المتقدمة

١. يبين من مقارنة القوانين أرقام ٤٣ لسنة ١٩٧٤، ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، ٢ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ببعضها، أن القانون الأول - هو القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظام استثمار المال العربي والأجنبي - هو القانون الوحيد الذي لم يضع حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها، وإنما فوض مجلس إدارتها في أن يقترح مقدار الأرباح التي تزديها الشركة لعمالها وموظفيها، على أن تتقرر الجمعية العامة للشركة في هذا الاقتراح، فإن اعتمدته، صار نافذاً في حق العاملين بها جميعهم.

٢. ولا كذلك القانونان رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ أو ٢ لسنة ١٩٩٢، للذان فرضا حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها مقداره ١٠% من أرباحها الصافية، على أن يتم توزيعها - ربما لا يقل عن هذا الحد الأدنى - طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة وتعتمدها الجمعية العامة.

٣. وهذا النهج هو ما اعتاده كذلك القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحولف الاستثمار، إذ أحال إلى القانون السابق عليه في شأن تحديد حد أدنى للأرباح لا يقل عن ١٠% من صافيها.

٤. وقد ظل نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ معمولاً به، إلى أن قرر المشرع إلغاؤها وإبدالها بحكم ينالضها في كافة القوانين اللاحقة المنظمة لاستثمار رأس المال العربي والأجنبي، وهي القوانين أرقام ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ و ٢ لسنة ١٩٩٢ و ٨ لسنة ١٩٩٧ المشار إليها، والتي كفل المشرع من خلالها حق العمال في حصة من أرباح المشروع لا تقل عن ١٠% من صافيها، وهي الحصة التي تتصل للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ كلية من ضماناتها للعمال من خلال نص المادة ١٢ من هذا القانون التي تفوض مجلس إدارة الشركة في اقتراح مقدار الأرباح التي توزع على عمالها وتخول للجمعية العامة للشركة حق اعتماد قرار مجلس إدارتها في ذلك.

ثالثاً: مخالفة نص المادة ١٢ من القانون

رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ للدستور

ولا شبهة في مخالفة نص المادة ١٢، المشار إليها للدستور. ونلك من الأوجه الأتية:

أولاً: إن نص هذه المادة أنشأ للعالم حقاً في أرباح المشروع الخاص، وهو بذلك مصدر مباشر لهذا الحق. وإذا كان مقدار الأرباح التي يجوز توزيعها عليهم، يتمثل في مبلغ من النقود تؤديه الشركة إلى العاملين فيها بوصفه ندياً في ثمنها، فقد صار الشيء الذي يلتزم به - وهو محل الالتزام - ولقاً في إطار علاقة مديونية تربطها بذلكها. وهم العاملون لديها.

ولا يجوز بالتالي، في أية رابطة مديونية يكون نص القانون مصدرها المباشر، أن يتولى تعيين كافة أركانها سبها في ذلك محلها - غير نص القانون. فإذا علق المشرع تحديد محل الالتزام على محض إرادة المدين، حلت إرادة للمدين محل إرادة المشرع الذي يخصص دون غيره ببيان أركان الالتزام القانوني. ذلك أن فرض الالتزام وتحويل المدين حق تحديد مقداره، أمران متناقضان.

يؤيد ذلك أولاً: أن تحديد حق العمال في الأرباح لا يتكفى لا بإرادتهم ولا بإرادة المدين بها، إذ لو كان تحديد نصيبهم من الأرباح علاناً إليهم لبالغوا فيه. ولو كان هذا التحديد معلقاً على إرادة المدين لحظ من مقدار الأرباح التي يوزعها على العمال للدلائل بها. وتعين بالتالي أن يكون نص القانون هو المصدر المباشر للالتزام للمدين بأن يعطي العاملين في المشروع جزءاً من الأرباح التي حققها - وعلى الأقل حداً أدنى من هذه الأرباح التي يحصل العمال على حصصهم منها بشرط أن يحدد المشرع مقدارها تأسيساً على أن المشرع هو الذي يتولى تحديد نطاق كل التزام يكون نص القانون هو مصدره المباشر.

ثانياً: أن محل الالتزام ، هو الشيء الذي يلتزم المدين بالتقاي به. ويلتزم المدين إما بنقل حق عيني أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل.

فإذا كان محل الالتزام عملاً أو الامتناع عن عمل ، تعين أن يكون المحل فيه ممكناً لا مستحيلاً.

كذلك فإنه إذا التزم شخص أن يقوم بعمل معين، أو أن يمتنع عن عمل محدد، وجب أن يكون ما التزم به معيناً. فإذا كان محل الالتزام نقوداً، وجب أن تكون أيضاً معينة بنوعها ومقدارها.

وعلا بنص المادة ٣٤١ من القانون المدني، فإن الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره.

إذ كان ما تقدم، وكان نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ يقتصر على مجرد تقرير حق عمال المشروع للخلص في الأرباح دون أن يحدد مقدار ما يخصص منها،

ولو في حده الأدنى؛ فإن هذا النص، يكون قد أنشأ حقاً بخير مضمون، وصار مخالفاً للدستور بالتالي.

ذلك أن محل الالتزام المفروض في نمة المشروع الخاص بنص المادة ١٢ المشار إليها، جاء مجهولاً في مقداره، وعصياً على التحديد. فلا يكون ديناً متكامل الأركان. ذلك أن المشرع عهد إلى مجلس إدارة المشروع وجميعته العامة -هما من الأجهزة الداخلية للمشروع- بتحديد مقدار الأرباح التي يلتزم بأن يؤديها إلى العاملين فيه، وفي ذلك تفويض من المشرع للمشروع في أن يقرر بإرادته المتفردة ما يخصهم من الأرباح التي يحقها، ليكون تحديد مقداره موقوفاً على محض إرادة المدين.

ثالثاً: لا يجوز للمشروع الخاص أن يدر نص المادة ١٢ المشار إليها، بأن الأوضاع الاقتصادية وأزماتها الخائفة، تقتضيها. ذلك أن الفرض هو تحقق المشروع لأرباح صافية. فإذا قرر المشرع نصيباً فيها للعامل، تعين أن تكون حصتهم منها محددة بنص لقانون بصورة قاطعة. وكان من المفترض بالتالي أن يتدخل المشرع لتحديد ما يخص العمال من هذه الأرباح على وجه التيقن، وعلى الأكل في حدها الأدنى. ذلك أن محل الالتزام هو الشيء الذي يؤديه المدين إلى الدائن. ولم يحين المشرع هذا الشيء حتى يرتبط به للزم للمدين.

بيد أن المحكمة الدستورية الطيا التي عرض عليها أمر الفصل في دستورية نص المادة ١٢ المشار إليها^(١)، لم تقرر مخالفتها للدستور تأسيساً منها على أن نص المادة ٢٦ من الدستور التي تقول العمال حقاً في أرباح مشروعاتهم، ينحصر مجال تطبيقها في العاملين في القطاع العام. وفاتها أن الفصل في دستورية نص قانوني، إنما يتم على ضوء أحكام الدستور جميعها، وإن ساد الحجة التي قام عليها وجه النعي، لا يجوز أن يمنعها من مراجعة نص المادة ١٢ المطعون عليها، على ضوء نصوص الدستور بتمامها، لتقرر تطابقها أو تعارضها معها.

وكان ينبغي عليها بالتالي أن تعطي لكافة الحقوق التي ينشئها نص القانون بطريق مباشر، دلالتها التي لا يستقيم معها تجريد هذه الحقوق من مضمونها. ذلك أن مضمون الحق هو جوهره، وليس المشرع أن ينقض حقوقاً أحدثها، ولا أن يحيلها ركاباً من خلال تخويل المدين تحديد درجة تفقده بها.

(١) انظر في ذلك حكمها الصادر بجلستها المنعقدة في ٢٠٠١/١٢/٢ في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية.

ولئن كان المشرع بالخيار بين إحداث أو إعمال الحقوق التي لا نص عليها في الدستور، مثلما هو الأمر في حق عمال القطاع الخاص في الأرباح؛ إلا أنه متى كفلها، تعين أن يتولى هو تعيين كافة أحكامها، بما في ذلك نطاق الأثر التي تنهها.

ذلك أن المواطنين كما يستمدون حقوقهم من الدستور، فلاهم قد يتلقونها من المشرع^(١) بفرائضها المنطقية التي لا يندرج تحتها تفويل المدينين بها حق تحديد نطاقها، وإلا كان ذلك إحداثاً من المشرع لالتزام يستقل المدين بتحديد مقداره بالمخالفة لمبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور. ذلك أن هذا المبدأ مؤداه أن ثمة قواعد تملو على الدولة لتقيدها وتضبط حركتها. ومن بين هذه القواعد، ضرورة تنظيم الحقوق بما لا يخل بجوهرها، ووجوب أن يحدد المشرع نطاق الحقوق التي ينشئها بنص مباشر، وإلا كان إحداثها لهما نقده به مغزاهما. وهو ما يتحقق على الأخص كلما كان تحديد مقدارها بيد المدين بها.

ذلك أن الحق من جهة الدائن، هو التزام من جهة المدين. ولا التزام بخير حدود تبين الأركان التي يقرم عليها، ومن بينها ركن المحل الذي لا يقرم الالتزام للقانوني إلا بتحديد.

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من مرة أن مبدأ الحماية القانونية المتكاملة لا يضمن فقط

الحقوق التي نص الدستور عليها، وإنما كذلك تلك التي كفلها المشرع.

انظر في ذلك حكماً في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة

رقم ١٠ - ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة حيث تقول حراً:

"لنضمي مبدأ المساواة أمام القانون -حي أساس بنائه- وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكاملة التي لا يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء ما يكون قد ارتأه كلاً للصالح العام".

الفصل الخامس

الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم

٩١٧- تقتضى الديمقراطية إسناداً للمواطنين فى إدارة شئونهم وإشراكهم عليها، وتوجيههم لها بما يكفل مصالحهم. فلا يكون مصدر السلطة إليها بما يناقض السيادة الشعبية فى مضمونها وأغراضها. وهو ما كان قائماً فى مصر الفرعونية، وبذاته النظم الديمقراطية فى تطورها الراهن، وعلى الأخص منذ الثورة الفرنسية التى تنص بعض نصوصها^(١) على أن السيادة معقودة للمواطنين وجميعهم يباشرونها فلا تكون وفقاً على فريق من بينهم دون فريق.

والأصل ألا يباشر المواطنون السيادة بأنفسهم وإن كانوا يملكونها - وإنما ينوبون عنهم من يمثلونهم فى الهيئة النيابية ويحلون محلهم فى مباشرة هذه السيادة. فلا يكون تولى أعضاء هذه الهيئة لشئونهم محلاً حركتهم داخل هذه الهيئة عن طريق أوامر يتلقونها من هيئة الناخبين بوصفهم وكلاء عنها مقدين بتوجيهاتها Mandat Imperatif^(٢). إذ لا شأن لمفاهيم الوكالة فى القانون الخاص بالنظم الديمقراطية المعاصرة التى تخول أعضاء السلطة التشريعية زمام المبادرة لتحقيق ما يرونه حقاً، كالأمر لأمتهم مصالحها.

ومن ثم قام الفصل الثام بين الدائرة الانتخابية وبين نوابها الذين لا يمثلونها وحدها، وإنما تتداخل الدوائر الانتخابية مع بعضها لتظهر جميعها وكأنها دائرة إقليمية واحدة تتضمن مصالحها، لا فرق فى ذلك بين ناخبين منحهم أصواتهم، وآخرين حجبوا عنهم^(٣).

وهذه الديمقراطية التمثيلية التى تحل اليوم محل الديمقراطية المباشرة التى ارتبطت وجودها من الناحية التاريخية ببعض المدن المحدودة فى رقعتها وعدد سكانها، والتى تنتم كذلك بندرة للمساكن التى تثير اهتمام مواطنيها بوجه عام. هى التى صار لها فضل تحقيق

(١) انظر فى ذلك الدستور الفرنسى لعام ١٧٩٣ الذى تنص المادة ٢٥ منه على أن السيادة مركزة فى الشعب وكذلك نص المادة الثانية من الدستور لسنة الثامنة التى تنص بأن المواطنين فى مجموعهم هم مصدر السيادة الشعبية.

(٢) تنص المادة ٢٧ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ ببطان كل وكالة إقليمية، وبأن حق انتخاب أعضاء البرلمان حق شخصى.

(٣) وهو ما يعبر عنه بأن اقتصر فى الحلة الانتخابية لا تلتخبه الدائرة الانتخابية، ولكنه ينتخب منها.
L'elu n'est pas élu par la circonscription, mais dans la circonscription.

التقدم في مظاهر الحياة وجوانبها المختلفة وإن كان طغيان الأغلبية الفائزة بالمقاعد البرلمانية على خصوصها، يمثل لفطر عيوبها.

وصح القول بالتالي بأن الديمقراطية التمثيلية تقوم في جوهرها، على حرية أعضاء السلطة التشريعية في تحديد خياراتهم في المسائل التي يناقشونها، والتهاج وسائلهم في عرضها وإبداء رأيهم بشأنها، لا يخضعون في ذلك لغير ضمائرهم، ولا تحييم هيئة الناخبين عن المهام التي يتولونها قبل انتهاء مدة عضويتهم، ولو أهدروا ثقتها فيهم. وهو ما آل في النهاية - ومن وجهة نظر والعية - إلى حلول السيادة البرلمانية محل السيادة الوطنية، ولانظر إلى من يباشرون السلطة وكأنهم أصحابها لا يتحولون عنها. حال أن للنظم التمثيلية تفرض الفصل بين السيادة في صورتها المجردة من جهة، وبين من يباشرونها عملاً من جهة ثانية.

فالذين يباشرون السيادة نيابة عن الجماهير، لا يملكونها بدلاً منهم. ولا تتحول السيادة إليهم من خلال حق الاقتراع. وإنما تظل السيادة بيد الناخبين أصحابها الأصليين. فلا يفارقونها ولا يخرج زمامها من أيديهم، ولا يتخلون عنها فور انتهاء العملية الانتخابية.

فالناخبون يراقبون نوابهم، ويحاسبونهم عما فرطوا فيه^(١)، فلا يملحونهم نقتهم من جديد بعد انتهاء ولايتهم. وهو ما يفيد إمكان إبدائهم بآخرين من خلال حق الاقتراع، وهو مظهر السيادة الشعبية في جوانبها الأكثر أهمية.

وأما كان قدر الأهمية التي بلغت النظم التمثيلية في كثير من الدول، إلا أن الاستثناء - كتعبير عن السيادة الشعبية المباشرة - لا زال قائماً كحقيقة قانونية لا تقبل الجدل، وإن تعين القول بأمرين:

أولهما: أن الحقوق السياسية جميعها في بلد ما، ترتبط قيمتها الفعلية بالطريقة التي تباشر بها، ويمكن تأثيرها في الأوضاع القائمة لتحديد وجهتها.

ثانيهما: أن الديمقراطية لا تتحدد وفق أشكال تتاقى حقيقتها. ذلك أن استيفاءها لشرائط وجودها، يسطحها الحياة التي ترجوها. ويتعين بالتالي أن يكون للديمقراطية من واقعها وتطبيقاتها ما يلتزم وخصائصها وحقيقة جوهرها، ولو لم توجد في الدول التي تبنيها محكمة

(١) الشفافية والمساءلة Accountability من بين العناصر التي تقوم عليها الديمقراطية في المقام المعاصر.

دستورية، مثلما هو الحال في المحكمة للمتحدة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاستثناء - وهو الطريق المباشر للسيادة الشعبية - مجرد فناع تنسّر السلطة وراءه لتخفي ديكتاتوريتها، وإنما تتحدد أهمية الاستثناء كلما كان مدخلا حقيقيا لاستطلاع آراء هيئة الناخبين في موضوع معين، فلا يكون زائفا، أو مشوبا بالغموض، أو مضطربة مقاصده.

المبحث الأول

صور الاستفتاء بوجه عام

يكون الاستفتاء إما تأسيمياً أو تشريعياً، إلزامياً أو اختياريّاً؛ مفتوحاً إلى التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان أو معدلاً وملغواً بعد صدوره لبعض أحكامه؛ متعلقاً بمعاهدة دولية للدخول فيها من خلال التصديق عليها أو الإضمام لها؛ أو كلاً من الرجوع إلى الجماهير لتحكيمها في نزاع قائم بين سلطتين.

ويعبر الاستفتاء تأسيمياً إذا تعلق بموضوع من طبيعة دستورية، فإذا كان موضوع الاستفتاء قانوناً أو مشروع قانون، كان تشريعياً.

المطلب الأول

صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١

٩١٨- وفى مصر يتم الاستفتاء وفقاً للدستور فى الأحوال التى حددها وطبقاً للشروط التى يبينها. وفيما يلى عرض لها:

أولاً

الاستفتاء كطريق لصون الوحدة الوطنية

تنص المادة ٧٤ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسساته عن أداء دورها وفقاً للدستور، أن يتخذ الإجراءات العارفة لمواجهة هذا الخطر، وأن يوجه بها إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذته من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخذها.

ثانياً

استفتاء المواطنين فى شأن ترشيح السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية

عملاً بالمادة ٧٤ من الدستور يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية، ويعرض للترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه. ويتم للترشيح فى مجلس الشعب لمنصب رئيس الجمهورية بناءً على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل. ويعرض المرشح الحاصل على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه.

ويعبر المرشح رئيساً للجمهورية يحصله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء. فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية، رشح المجلس غيره. وتنتج في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها.

ثالثاً

الاستفتاء لفرض نزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

تنص المادة ١٢٧ من الدستور على أن لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسئولية رئيس مجلس الوزراء. ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس.

وقى حالة تقرير المسئولية يعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع، وما انتهى إليه رأى المجلس في هذا الشأن وأسبابه.

ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام. فإذا عاد المجلس إلى إقراره من جديد، جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة الاستفتاء الشعبي. ويجب أن يجرى الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس. وتقف جلساته في هذه الحالة. فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، اعتبر المجلس منحلّاً، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

رابعاً

الاستفتاء كطريق لحل مجلس الشعب

تنص المادة ١٣٦ من الدستور على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة، وبعد استفتاء الشعب. ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً.

فإذا أكرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به. ويجب أن يشتمل القرار على دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب في موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء^(١).

(١) تختلف طريقة حل مجلس الشعب عن طريقة حل مجلس الشورى. ذلك أن المادة ٤٠٢ من الدستور لا تجعل الاستفتاء شرطاً لازماً لحل مجلس الشورى إذ يكفي لحله أن تتوالى ضرورة لهذا الحل.

خامساًاستفتاء المواطنين في المسائل الهامة

لرئيس الجمهورية استفتاء المواطنين- وعملاً بنص المادة ١٥٣ من الدستور- في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا.

سادساًالاستفتاء كحلقة إجرائية لتحديل الدستور

تنص المادة ١٨٩ من الدستور على أن لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور. ويجب أن يذكر في طلب التحديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التحديل. فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب، وجب أن يكون موقفاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل. وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التحديل، ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه. فإذا رفض الطلب فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التحديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التحديل ثلثاً عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه. فإذا وافق على التحديل، اعتبر لذلك من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

المطلب الثانيالتمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين

٩١٩- يميز البعض بين سؤال يتعلق بموضوع معين يعرض على هيئة الناخبين لإبداء رأيهم في هذا الموضوع قبولاً أو رفضاً Réferendum. وبين استفتاء يدور حول شخص معين ليبقى في موقعه في السلطة أو ليخرج منها Plébisците. والتمييز بين هاتين الصورتين من صور الاستفتاء لا يتعمق حقائق الأمور. ذلك أن الاستفتاء في كل من هاتين الصورتين يدور حول مسائل سياسية يعرض أمرها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها فيها. فالمسائل المطروحة على هيئة الناخبين للحصول على رأيها في موضوع معين، يقتضيها أن تعلن رأيها في هذا الموضوع على ضوء قدر تقتها في الجهة التي طرحته عليها. كذلك فإن كل استفتاء حول شخص معين ليبقى قائماً بالمهام التي يتولاها أو ليتخلى عنها، هو دعوة لهيئة الناخبين لإبداء رأيها في السياسة التي ينتهجها على ضوء قدر تقتها في طريقة أدائه لواجبات الوظيفة التي يتولاها.

المطلب الثالث

الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء

٩٢٠- ما لم يحتم الدستور إجراء الاستفتاء، فإنه يكون اختياريًا. والأصل أن يبين الدستور الجهة التي يعهد إليها بإجراء الاستفتاء وفق الشروط التي يحددها. فقد يعهد الدستور إلى رئيس الجمهورية أمر الدعوة إلى الاستفتاء، وقد يفرضه لعدد من المواطنين إذا طلبوه، وكان طلبهم إجراءه موقعا عليه منهم^(١).

ونادرًا ما تجرى السلطة التشريعية حتى لو خولها الدستور هذا الاختصاص على تقدير أن نتيجته قد تسقطها، أو على الأقل قد تظهر الضيق بها^(٢).

وتحرص بعض الدول على أن تتواءم حتى لا تتفرق الوحدة الوطنية بين شعوبها، ولتظهر وكأنها كتلة متجانسة^(٣) لا تتفرق اتجاهاتها.

وتأخذ المملكة المتحدة موقفًا عدائيًا من الاستفتاء بالنظر إلى إيمانها المطلق بالديموقراطية التمثيلية. ويراه آخرون تعبيراً هوجائياً أو ديماجوجياً عن السيادة الشعبية.

ولا تلجأ بعض الدول المختلفة في أعراقها ولحظها وثقافتها، للاستفتاء إلا في النادر من الأحوال حتى تبدو غير منقسمة على نفسها في الموضوع المعروض عليها.

وقد يتناول الاستفتاء مسائل خطيرة كالانضمام إلى الأمم المتحدة أو الدخول في أجدد الأحلاف الأجنبية أو في شأن هام يتصل بالمصالح المباشرة للمواطنين كالرجوع إليهم لتحديد موقعهم من هجرة بعض الأجانب إلى وطنهم.

وفي كثير من النظم المعمول بها، لا تعرض دستورها أو تعديلاتها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها في إقرارها أو رفضها^(٤).

(١) في سويسرا يتعين أن يوقع مائة ألف مواطن على طلب إجراء استفتاء تأسيسي لإسكان إحدى أقاليمه، وفي إيطاليا يجب أن يكون الطلب موقعا عليه من خمسمائة ألف مواطن.

(٢) فسي الدائم لمره يجوز لثلث أعضاء برلمانها Folketing التقدم بطلب لإجراء استفتاء شعبي. وكثيراً ما ينتهي هذا الاستفتاء بتأييد الشعب للأقلية البرلمانية.

(٣) أنظر في ذلك دستور الاتحاد السوفيتي المعمول به عام ١٩٧٧ قبل تصدع هذا الاتحاد.

(٤) أنظر في ذلك الدستور الكندي لعام ١٨٦٧. ومع ذلك فقد أجرى استفتاء في كندا في ٢٠ مايو ١٩٨٠ بمقتضى قانون صدر لهذا الغرض حول بقاء مقاطعة كويبك في الاتحاد الكندي أو انفصالها عنه. وبالرغم من أن نتيجة الاستفتاء كانت في صالح بقاء هذه المقاطعة في الاتحاد، إلا أن رئيس وزرائها لم يستقل على أساس أن هذه النتيجة لا تحجب بذاتها عنه ثقة مواطنيها فيه.

المطلب الرابع الأثر القانوني المترتبة على الاستفتاء

٩٢١- لكل استفتاء نص عليه الدستور، دققة يعمل فيها. وفي نطاق هذه الدققة، يتحدد أثره. فالاستفتاء على تعديل تقترح السلطة التشريعية - بأغلبية ثلثي عدد أعضائها - إجراءه في الدستور، مؤداه أن يصير هذا التعديل نافذاً - لا من تاريخ موافقة هيئة الناخبين على التعديل - ولكن من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

وموافقة أغلبية المواطنين على حل السلطة التشريعية، مؤداه أن يصدر رئيس الجمهورية وجوباً قراراً به.

وعرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور على المواطنين لاستفتائهم فيها خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها، مؤداه تصديق المواطنين الذين قبلوها - بأغبيتهم المطلقة - على هذه التدابير، وإلا كان اعتراضهم عليها، رفضاً لها.

وعرض النزاع بين السلطين التشريعية والقانونية على المواطنين لاستفتائهم في مسؤولية الوزارة عن موضوع معين، مؤداه اعتبار السلطة التشريعية منحلة بحكم الدستور إذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

على أن الدستور قد لا يحدد الأكثر للقانونية المترتبة على استفتاء المواطنين في بعض المسائل فلا يكون أمام جهة الرقابة القضائية، إلا بيان نطاق هذه الأكثر بما يحيط بها. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٢ من الدستور من تخويل رئيس الجمهورية، الحق في استفتاء المواطنين في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا. فإذا صدر قانون من السلطة التشريعية على ضوء نتيجة هذا الاستفتاء، فإن هذا القانون لا يعتبر معصوماً من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ ولا منطوقاً على تعديل لأحكام الدستور لقائم.

وإذا قيل بأن السيادة تنحصر للمواطنين في مجموعهم باعتبارهم وعاء هذه السيادة ومصدرها على ما تنص عليه المادة ٣ من الدستور، إلا أن السيادة الشعبية التي يمارسها هؤلاء ويمثلونها ويصونون من خلالها الوحدة الوطنية، حدها قواعد الدستور التي تسمح حتى على القوانين التي تقرها السلطة التشريعية إعمالاً منها لنوعية الاستفتاء. ذلك أن جمود الدستور، مؤداه حظر تعديل قواعده بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه.

وليس لأى قانون تفره السلطة التشريعية على ضوء نتيجة الاستفتاء، غير المرتبة ذاتها المقررة لغيره من القوانين. فلا هو فوق الدستور، ولا فى قوة أحكامه، ولا فى مرتبة وسطى بين الدستور والقانون. وإنما شأن القوانين التى تفرها على ضوء نتيجة الاستفتاء، شأن غيرها من القوانين التى تفرها وفقاً لنص المادة ٨٦ من الدستور، ولها بالتالى درجتها لا تعلوها، وإنما تساويها.

على أن سكوت الدستور عن بيان الآثار القانونية للاستفتاء فى أحوال معينة، لا يعنى أن تحدد جهة الرقابة القضائية، هذه الآثار فى إطار سلطة تقديرية لا ضابط لها. وإنما يعين أن تحدد هذه الجهة تلك الآثار، بالنظر إلى نطاق وخصائص الحقوق التى ممها الاستفتاء.

فإذا كان رئيس الجمهورية قد قصد إلى إضعافها من خلال استفتاء المواطنين عليها، فإن الضمانة التى كفلها الدستور لهذه الحقوق هى التى تسود. إذ لا يتصور أن يكون المواطنون قد قصدوا حقيقة إلى الانقاص من حقوقهم التى كفلها الدستور، ولا إلى تقليص ضماناتها.

فإن كان الاستفتاء قد قرر لهم حقوقاً تزيد عن تلك التى صانها الدستور، اعتبر الاستفتاء إرضاساً بضرورة تعديل أحكامه لا يجوز بغير الأوضاع المنصوص عليها فيه.

بما مؤداه أن حقوق المواطنين وحرياتهم التى ينور الاستفتاء حولها؛ إما أن تملو على مستوياتها المقررة بالدستور، وإما أن تكون أقل منها. ولا يحيلها الاستفتاء فى الصورة الأولى إلى حقوق تسمى على الدستور، وإنما يتعين تعديل الدستور لاستيعابها.

ولا يصممها الاستفتاء فى الصورة الثانية من الرقابة القضائية؛ وإنما يكون القانون الذى كنفها مخالفاً للدستور لخروجه على أحكامه.

المطلب الخامس

شروط الاستفتاء

٩٢٢- ويتعين دائماً فى كل استفتاء، أن يصاغ السؤال المتعلق به على نحو يكون به ممثلياً Uprightness ومباشراً، فلا يكون ملتوياً مضللاً La Condition de Loyauté، ولا مشوباً بالغموض لينبهم على أوساط الناس La condition de clarté، سواء بالنظر إلى تعقيده أو لاطواء الصيغة التى أفرغ فيها على قدر من الخداع Dishonesty؛ ولا جامعاً بين عناصر

مختلفة بمستحيل التوفيق بينها، وكأنها صفقة متكاملة Package deal إما أن تؤخذ بشامها
-وكافة عيوبها- أو أن تترك في كل أجزائها^(١).

وتظهر هذه الصورة الأخيرة، كلما عرض رئيس الجمهورية على هيئة الناخبين مسائل
مختلفة لا تتوافق لأجزائها، ولا تتلاقى في أهدافها، فلا تتحد في مسجها. وهو ما يبطل عملية
الاستفتاء التي يشترط لصحتها ألا يكون الموضوع المعروض على هيئة الناخبين جامعاً بين
الأشياء ونقائضها، لتتلفر أجزاؤه جميعها.

وحتى إذا حاول رئيس الجمهورية أن يقرب الأجزاء التي تنسم بالتناقض إلى بعضها،
فإن عرضها على هيئة الناخبين مع تباعدها عن بعضها البعض واضطراب معناها وغموض
حقيقتها، يعد تكتيماً عليها، وحملها على قبول مسائل تختلط فيها العناصر التي يفرق منها،
بتلك التي يميلون إليها بالنظر إلى جلايتها. وفي ذلك إذهاع لا يليق.

ويتمين بالتالى أن يكون الاستفتاء منصبا على واقعة محددة بصورة قاطعة - مادية أو
قانونية لها من وضوحها ما يجعل فهمها مستقيماً، ومن تلاحم أجزائها ما يؤكد ترابطها. فلا
يتخبط أحد في فهم المقصود منها، وإلا بطل الاستفتاء وكذلك كل قانون صدر على ضوئ
نتيجته.

المبحث الثاني

في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة

القضائية على الشريعة الدستورية

٩٢٣- جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ما نص عليه الدستور من تخويل رئيس الجمهورية حق استفتاء الجماهير في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا، لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية.

ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء -الذي رخص به الدستور، وحدد طبيعته، والغرض منه- ذريعة إلى إهدار قواعده ومخالفاتها. كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور.

وبالتالي لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب للنصوص التشريعية المقتدة تلك المبادئ من عوار مخالفة الدستور. وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالي للرقابة على الدستورية التي تتولاها هذه المحكمة^(١).

وعلى نقيض وجهة نظر هذه المحكمة، لا يباشر المجلس الدستوري الفرنسي الرقابة القضائية التي يتولاها، إلا على القوانين التي اقترح البرلمان عليها، لتحصن عن القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء Les lois référendaires. على أساس القوانين في الصورة الأولى تعبير غير مباشر عن السيادة الشعبية، ولكنها تعبير مباشر عن هذه السيادة في الصورة الثانية^(٢).

Les lois que le constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité, sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adoptées par le

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ - كاسدة رقم ٥١ - ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) C.C. 92- 313 D.C. 23 Sep. 1992, R.p. 94.

هذا ويعتمد المجلس الدستوري الفرنسي ولايته في شأن النظر في النظام العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها من نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسي التي تخوله هذا الاختصاص والتي جاء نصها كالآتي:

Le conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats.

peuple français à la suite d' un référendum, constituent l' expression directe de la souveraineté nationale.

٦- تقييم قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية

(أ) يلاحظ أولاً أن اللجوء إلى الاستفتاء العام لإقرار قوانين بذاتها تنظم مسائل بحوثها، وإن كان أسلوباً نادر الوقوع في الحياة المدنية؛ إلا أن حرمان الجهة القضائية من فرض رقابتها على القوانين الاستثنائية يحسمها من الرقابة المحايدة التي يباشرها هذه الجهة. وهي بعد رقابة تشدد الحاجة إليها وتتعلم أهميتها بالنظر إلى أن هذه القوانين لا تتكفل في الأعم من الأحوال مسائل قليلة الأهمية، ولكنها تولجها أكثرها خطراً واتصالاً بالمصالح القومية؛ كذلك التي تؤثر في إطلاق حقوق المواطنين وحرياتهم.

(ب) وقد تتخذ الدولة من هذه القوانين موطناً لتمرير نصوص قانونية تزيو سوءاتها على منافعيها، فلا يكون لجوؤها إلى الاستفتاء العام لإقرارها، وسيلة استثنائية تولجها بها أوضاعاً لها خطرها، بل نهجا متواصلاً يهدم الشرعية الدستورية، وخرق متطلباتها.

(ج) وقد تقوض هذه القوانين بأحكامها نصوص الدستور ذاتها، ولو في بعض أجزائها؛ كأن تعيد فرض عقوبة الإعدام التي حظرها الدستور؛ وكان تنقل إلى القطاع الخاص، ملكية بعض المرافق التي أدخلها الدستور في إطلاق الملكية العامة بالنظر إلى حيويتها.

فلا يكون الاستفتاء العام غير بديل عن العمل البرلماني مع فرق هام، هو إخضاع القوانين التي يقرها البرلمان للرقابة القضائية في الوقت الذي تتحرر فيه القوانين الاستثنائية منها، لنتهيأ للسلطة التنفيذية فرص التدخل في العملية التشريعية بصورة أكبر وتشمل تتخطى بها الحدود التي رسمها الدستور لولايتها، إغلافاً بالتوازن بينها وبين السلطة التشريعية.

(د) كذلك تمثل التفرقة التي أجراها المجلس الدستوري الفرنسي بين القوانين الاستثنائية وغيرها من القوانين، تمييزاً بين التعبير المباشر عن السيادة، والتعبير غير المباشر عنها. وهي وجهة نظر يحسب أنها تقترض علو القوانين الاستثنائية في مرتبتها على القوانين البرلمانية، بالمخالفة لنص المادة الثالثة من الدستور الفرنسي التي لا تقيم تدرجاً هرمياً بين هاتين الصورتين من صور مباشرة السيادة الوطنية^(١).

(١) تلخص المادة ٣ من الدستور الفرنسي على أن السيادة الوطنية يملكها الشعب. وهو يباشرها من خلال

نوابه وعن طريق الاستفتاء.

هـ) وإذا قيل أن من غير المفترض أن تخل هيئة الناخبين بفرائض السيادة الشعبية التي تباشرها من خلال الاستفتاء، وأن هذا الافتراض غير قائم في القوانين البرلمانية التي كثيراً ما تخرج على حدود الدستور مما يقتضى فرض الرقابة القضائية عليها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إغفالها حاصلها أن القوانين الاستثنائية ذاتها قد تجاوزت حدود الدستور. فلا يكون تصويبها من خلال فرض الرقابة القضائية عليها، عملاً مخالفاً للدستور، بل واقعاً في إطار أحكامها التي لا يجوز تعديلها بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه. وتظهر خطورة الاستفتاء على الأخص على ضوء ما نشهده من أن الجماهير قلما تبصر بنفسها الآثار الخطيرة التي تترتبها القوانين الاستثنائية، ولا تحبط بلعدها وآثارها في محيط العلائق القانونية التي تنقسم بفتحها.

و) والذين لا يدركون مخاطر القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء، يتصورون أن اللجوء إليها لا يكون إلا في الأقاليم من الأحوال، ويتناسون أنها اليوم تكاد أن تكون طريقاً مألوفاً لتخطي السلطة التشريعية، وأنها تتناول كل موضوع، وأن رئيس الجمهورية كثيراً ما يتذرع بالاستفتاء لتجاوز الرقابة القضائية التي تجوز منها القوانين التي تطرح فيه، وعلى الأخص تلك التي يخشى رئيس الجمهورية من اعتراض البرلمان عليها. ومن ثم يكون الاستفتاء معادلاً في أثره لحرية التشريع La liberté de légiférer التي لا يتمتع البرلمان بها بالنظر إلى تقيدته بنصوص ومبادئ الدستور وهو كذلك تحييد لجهة الرقابة القضائية من جهة منعها من تقييم القوانين الاستثنائية والنظر في نفاذها أو مخالفتها للدستور.

ز) والتميز في مجال الرقابة القضائية على الدستورية بين السيادة الوطنية المباشرة وغير المباشرة، قولاً بأن روح الدستور تسوغ هذا التمييز، مردود بأن تعبير روح الدستور يشوبه الغموض، ويثير جدلاً عميقاً في الأوساط الفقهية والقضائية حول حقيقة محتواه. وهو كذلك منزلق خطر، وكثيراً ما يفضى إلى اجتهاد خاطئ.

ح) والقول بأن القوانين التي تنتزع عليها السلطة التشريعية، هي تعبير غير مباشر عن السيادة الوطنية التي لا يجوز أن يحررها البرلمان، وأن هذا الاعتبار لا يقوم بالنسبة إلى القوانين الاستثنائية التي تقرها الجماهير كتعبير عن إرادتها بطريق مباشر وبغير وساطة من أحد- مردود بأن الإرادة الوطنية مقودة في هاتين الصورتين بالدستور ما بقي قائماً لم يحد.

ولئن جاز لهيئة الناخبين أن تبدل الدستور للقائم بغيره إلا أن شرط ذلك- في غير حالة الثورة على الأوضاع القائمة جميعها- أن يتقيد تعديلها للدستور، بالإجراءات التي رسمها.

ط) ليس ثمة مبرر للقول بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية، تنجم الهيئته القضائية في حلبة السياسة بدورها المعقدة، ومزلقها الخطرة، وغابقتها المتشابكة. ذلك القوانين البرلمانية ذاتها. لا ينظر إليها -في مجال الفصل في دستوريتها- كمجرد تطبيق لفظي للنصوص الدستورية. ولكنها رقابة تختلط فيها هذه النصوص بالسياسة في ألوانها وبنياتها المختلفة.

يؤيد ذلك أن للشرعية الدستورية لا تحدد ضوابطها من منظور دون آخر، وإنما تحكمها عوامل قانونية وسياسية واقتصادية واجتماعية، تتدخل فيما بينها، وتدخلها جهة الرقابة القضائية في اعتبارها سواء من خلال مفهوم مشترك يضمها إلى بعض، أو عن طريق ترجيح بعضها على بعض. فلا تكون الرقابة القضائية على الدستورية تبيهاً في الفراغ عن مفاهيم ينحطها القضاء وكأنهم يعيشون في أبراجهم العظيمة.

ي) أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تطيمية وتصويبية في آن واحد، فإذا أخل بالدستور قانون ووفق عليه في استفتاء عام، قلم ينج منها^(١).

تلك هي المأخذ على قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة على الشرعية الدستورية.

وتخفيفاً من غلوها، يقرر فريق من الفقهاء أن هذا المجلس لا زال يملك بعض الأسلبة في مواجهة هذه القوانين، تأسيساً على أن قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء، وإن كان لا يجوز الطعن فيه، إلا أن المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي تغول المجلس حق إيداع رأيه في المرسوم المنظم للعملية الاستثنائية، وكذلك في نصوص القانون الاستثنائي بعد عرضهما عليه من الحكومة، وقبل طرح موضوع الاستفتاء على الناخبين لاستفتاءهم فيه^(٢).

Le décret relatif à l'organisation des opérations de référendum et le texte de la loi référendaire.

(١) انظر في الانتقادات الموجهة إلى قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية: Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 3 e édition, 173- 179.

(٢) يلاحظ أنه لا يوجد نص قانوني يمنح المجلس الدستوري صراحة من نشر آرائه هذه، إلا أن للمجلس يترك الحكومة حرية نشر قراراته الاستثنائية تلك أو عدم نشرها.

وأولاه هذه وإن لم تكن فصلاً قضائياً في المسائل التي تتناولها، وإنما تتمحض عن أراء إستشارية خالصة^(١). Purement legislative إلا أن بإمكان المجلس الدستوري الفرنسي، أن يرفض إبداء رأيه في الطريقة التي تدار بها العملية الاستفتاءية، وأن يرفض كذلك إعلان نتائجها لوجهض المبادرة التي اتخذتها الحكومة في شأن استفتاء المواطنين في موضوع معين، خاصة وأن من اختصاص المجلس مراجعتها في كافة التدابير التي تتخذها في شأن الاستفتاء لضمان انتظامها La régularité des operation de referendum. وهو بذلك يذهبها - حال إصرارها على استفتاء يناقض الدستور - إلى أنه لن يرقبه، ولن يعلن نتيجته، ليضع الحكومة في مواقف شديدة الصعوبة قد يثير المواطنين ويستطعهم ضدها^(٢).

(١) C. C. dec. 1960, Regroupment national, R.p. 67.

(٢) ويلاحظ أن المجلس يستطيع أن يبدى رأيه في الطريقة التي صيغ بها السؤال المطروح في الاستفتاء، ولقد بسد تركيبة بمناسبة نظره في مشروع القانون المسمى عليه. انظر في ذلك تعليق الأستاذ Leuchaire عضو المجلس الدستوري الفرنسي السابق على لسان الملحة (٦٠) من الدستور الفرنسي وذلك في ص ١١٠٧ - ١١٠٩ من مؤلف علوه:

“la constitution de la Republic française, “Analyses et commentaires sous la direction de franco, is Luchaire et Gerard Conac, Economica, 2 e edition, 1987.

الفصل السادسالإحراق في استعمال السلطة التشريعيةالمبحث الأولالمفهوم العام لسوء استعمال السلطة

٩٢٤- لا يتوخى المشرع بتنظيمه للحقوق على اختلافها -كالحق في الحياة، وفي الحرية الشخصية، وفي حرية التعبير- أن يكون هذا التنظيم دالرا في فراغ. وإنما الأغراض المحددة التي يستهدفها ويعمل على تحقيقها، هي التي تحدد مقصده من هذا التنظيم، ومضمون النصوص القانونية التي يحتويها، وحقيقة المسائل التي يتناولها. ومن ثم نكل هذه الأغراض على وجهة المشرع فيما أقره من النصوص القانونية، فلا يكون حقيقة ثوبها بعيدا عن مقاصده منها.

وفترض بالتالي في كل قاعدة قانونية، تغيبها لأغراض تستهدفها. ذلك أن هذه الأغراض هي دوافعها التي تحركها وتوجهها وجهة بذاتها يكون قصد المشرع منصرا إليها، كحرمان الأشخاص الذين يحدرون من عرق معين -ويقصد وصمهم بما يحقرهم- من مباشرة حرفة بذاتها، أو من امتنان بعض الأعمال، أو من الانتفاع ببعض المرافق، أو من دخول بعض أماكن الانتجاع، ودور اللهو، وحذائق الحيوان، ووسائل النقل العام. ذلك أن المشرع أقر هذا الحرمان من خلال قاعدة قانونية وجهها للعرق، لكون هذا العامل محركا للقاعدة القانونية، ومحددا لمضمونها ونطاق تطبيقها، خاصة إذا كان هذا العامل مجرد تعبیر عن سياسة تشريعية منهجية تنتم بالحزم في تنفيذها، والخلو في التفضائنها من المخاطبين بها.

٩٢٥- وكلما أصر المشرع هدفا غير مشروع فيما أقره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة، ولو كان المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق. ذلك أن هذه السلطة حدتها قواعد الدستور^(١).

٩٢٦- ومن ثم تكون المصلحة العامة قيدا غالبا على السلطة التقديرية للمشرع. وهو قيد مؤداه ألا يحازر المشرع لغرض غير مشروع.

(١) لا توجد سلطة تقديرية مطلقة في مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ذلك أنه حتى ولو لم يقيد الدستور المشرع بضوابط معينة أكرمه بالخصوع لها فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية، فإن على المشرع -في مجال تنظيمه للحقوق- أن يختار أقل القيود عليها وأكثرها ملاءمة لتحقيق الأغراض التي يبتغيها.

ويتعين بالتالى ألا يتغيا القانون غير الأغراض التى ياذن الدستور بها أو التى لا يعارضها. فإذا حرم القانون حول غرض غير مشروع، وكان لهذا الغرض دور فى توجيهه الوجهة التى صار عليها، ولو لم يكن هذا الدور جوهريا، ولا عنصرا وحيدا فى تشكيل أحكامه، تعين وصمها بإساءة استعمال السلطة بالنظر إلى الأغراض المخالفة للدستور التى خلطتها، والتى كان عليها ألا تقربها، ولا أن تدخلها فى اعتبارها.

وتعتبر المحكمة الدستورية العليا عن ذلك بقولها بأن نصوص الدستور متكلفة فيما بينها، لا تتماهى أو تتكامل، بل تتجاس فى معانيها وتتضارب فى توجهاتها. ولا وجه بالتالى لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها. ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها فى مجموعها. وشرط ذلك تماثلها وترابطها، والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتيا لا يزل به عن غيره من النصوص أو ينفقها أو يستطها، بل يقوم إلى جوارها مقيدا بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التى تجمعها^(١).

بما مؤداه أن ثمة أغراض نهائية ومقاصد كلية تصل نصوص الدستور بعضها ببعض وتربط بينها، ويتعين أن تفسر هذه النصوص على ضوئها، ولأن يتقيد المشرع بها. وعلى الجهة القضائية أن تبدل كل جهد من أجل كشفها حتى تقيس عليها القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية، لتبطلها إذا بان لها أنها لقرتها انحرافا منها عن الحدود التى فرضها الدستور على وظائفها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥/٣ - ص ١٤٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثاني

الأغراض التي يستهدفها المشرع من النصوص القانونية

٩٢٧- يتعين التمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قسدياً في تشريعاتها يتصل بالأغراض التي توختها من وراء تبنيها لها، وبين خطئها في تقدير والعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها.

ذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بيناً أو محدوداً، هو خطأ في تقييم مدخل العملية التشريعية ذاتها. وهو بالتالي غير مقصود.

ولا كذلك إساءة استعمال السلطة، إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تعاليمها.

وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى أن صون الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه، لا يتحقق بغير التقيد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمها إلى بعض في إطار وحدة عضوية تجمعها.

٩٢٨- ومن غير المتصور أن تكون السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، مغالطة ضوابطها، متحررة من كوابحها. ذلك أن هذا قواعد الدستور التي تقيد من إطلاقها وتعتبر نخوما لها تحد من حركتها.

وهذه القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية في مجال التقدير، مردها من ناحية أن من المفترض في كل قانون أن يكون منطوياً على تقسيم من ناحية الأعباء التي يلقبها على البعض أو المزايا التي يمنحها للفرق دون آخر. وشروط موافقة هذا القانون للدستور -ولو أقر في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع- ألا تنفصل النصوص القانونية المنطوية على هذا التقسيم، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي تتوخاها، بالوسائل إليها، منطقياً وليس وإهايا.

ومن ثم تكون هذه النصوص وسائل منطقية لتحقيق هذه الأغراض. فإذا انفصل اتصالها بها، وجب إبطالها.

ويفترض دوماً في الأغراض التي يتبناها المشرع، أن توافق مقاصد الدستور، وإلا سقط ما كان غير مشروع منها.

المبحث الثالثالتمييز بين مقاصد تشريعية لا تتعارض للدستور ومقاصد تشريعية تخالفه

٩٢٩- ويتعين كذلك لتمييز بين نوعين من الأغراض التي يستهدفها المشرع، ويبلور على ضوءها النصوص القانونية التي أقرها.

أولاً: أغراض تشريعية لا تتعارض للدستور. وهذه لا يجوز للجهة القضائية أن تتدخل فيها، ولا أن تنالها باعتبارها واقعة في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وهي سلطة لا يجوز معها للجهة القضائية أن تزن بمقاييسها الخاصة، السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تخوض في ملامتها؛ ولا أن تنحل للقواعد القانونية التي أقرها غير حقيقة أهدافها، ولا أن تحل خياراتها محل انتقاء السلطة التشريعية لوسائلها في تنظيم هذا الموضوع.

ذلك أن السلطة التشريعية يكتفيها -وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها- أن تبشر اختصاصاتها التشريعية مسئلة في ذلك كافة الأغراض التي يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها، وسائل منطقية تصلها بها^(١).

ومرد ذلك أن التقدير في نطاق السلطة التشريعية، موداه مفاضلتها بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة. وحسبها في اختيار هذه الوسائل أن تكون غير مخالفة للدستور؛ وفي الموازنة بين الأغراض المختلفة، أن تلتزم جميعها وأغراض بقراها الدستور. ولا يجوز للجهة القضائية بالتالي أن تخوض فيما هو مشروع من الوسائل أو الأغراض.

ولا كذلك مقاصد المشرع المخالفة لأغراض الدستور أو غاياته النهائية. إذ هي أغراض محظورة لا يجوز أن يستهدفها، وإلا كان القانون مشوباً بإساءة استعمال السلطة.

فضمن حق المواطنين في المعاش لا شبهة فيه باعتباره من صور التكافل الاجتماعي. والنصوص القانونية التي يقرها المشرع لتحقيق هذا التكافل، لا منافاة فيها للدستور بقدر ارتباطها عقلاً بلبقاء هذا الغرض. ولا كذلك النصوص القانونية التي يتدخل بها المشرع

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣/٣٦ - ص ٥٢٩ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

لحماية الدولة من الناقدين لها، وكلّنها فوق القانون^(١). ذلك لأن حماية الدولة على هذا النحو، امتنان للقانون، وهو كذلك غرض غير مشروع لا يجوز أن يظلمها ليضفى حصانة على أعمالها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن <حين غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام، تبصيرا بنواحي التقصير فيه، مؤديا إلى الأضرار بالية مصلحة مشروعة، وأن من غير الجائز أن يكون للقانون أداة تحوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها، وأن النظر في أعمال القائمين بالعمل العام، وتقويم اعوجاجهم يعتبر واجبا لوميا كلما نكل هؤلاء عن حقيقة واجباتهم إيمالا أو انحرافا.

ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية، ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون.

وترتبط مراقبة تصرفاتها، بالحقوق التي ترتكز في أساسها على المفهوم الديمقراطي لنظام الحكم. ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومساءلتها على أخطائها، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التي يفرضها الدستور عليها. وعلى الأخص لأن انتقاد القائمين بالعمل العام مشمول بحماية الدستور، تغليباً لحقيقة أن الشئون العامة وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها، ووسائل النهوض بها، أمر وثيق الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة، ويؤثر بالضرورة في تقدمها، وقد يتكس بأهملها مترجما بطموحاتها إلى الوراء^(٢).

٩٣٠- وكما يتقيد التقدير في عمل السلطة التشريعية بنوع الأغراض التي يتوخاها، فإن هذا التقدير يتقيد كذلك بحقيقة أن المشرع حين يوازن ويفاضل بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع معين، فإنه يختار من بينها أسبها لفعوا، وأحرها

(١) انظر في ذلك المادة ٨٢/د من قانون العقوبات التي تعرض عقوبة جنائية ثقيلة على من يذمون في الخارج عن عمد أختيارا كاذبة تفس هية الدولة واعتبارها.

(٢) القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- للقاعدة رقم ٣/١/٤٥- ض ٧٤١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأقلها تقييدا للحرية، وأكثر المصالح نقلا في مجال ضملائها^(١).

كل ذلك بالفراض مشروعية هذه البدائل جميعها، واتصالها بالحقوق محل التنظيم، وأنها أداة ضمان هذه الحقوق وطريق الوصول إليها. ولا يجوز بالتالي تنظيم الحقوق لغير مصلحة واضحة لها اعتبارها^(٢).

٩٣١- وما نقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التنظيم المقارر للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخلوها أن تزن بنفسها -بمعاييرها- ما إذا كان القانون المعروض عليها لازما، وما إذا كان إقراره ملائما، وأن واجبها ينحصر في أن ترد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تناقش بواعثها أو تخوض في دوافعها، ما نقرره في ذلك، يفترض أن تكون لهذه النصوص بواعثها أو دوافعها غير المخالفة للدستور.

ذلك أن نصوص الدستور -في غاياتها- تعتبر قيودا على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق. بما مؤداه أن الدستور وإلى خول المشرع أن يحدد للنصوص القانونية التي يقرها وجهتها النهائية، وأن يصوغ قوالبتها وفق الأغراض التي يستهدفها، إلا أن شرط ذلك أن تكون هذه الأغراض التشريعية موفقة لأغراض يكفل الدستور لها الحماية.

لأن كان يزدريها أو يناهضها، فإن خوض الجهة القضائية في حقيقة هذه الأغراض يكون واجبا. وعليها أن تبطل النصوص القانونية التي استلهمتها جزاء مخالفتها لنصوص الدستور في غاياتها، على تقدير أن عمل المشرع يعبر انحرافا عن الحدود التي كان يتعين أن يلتزمها في مباشرة سلطته التقديرية.

(١) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٠/٧. ص ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة والقضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٤/٤٧- ص ٧٢٣ وما بعدها من الجزء السابع انظر كذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية -جلسة ١١/١٦ ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٣/١٢. ص ١٧٥ من الجزء الثامن والقضية رقم ٢٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩١ -قاعدة ٦/١٥ ص ٢٠٢ من الجزء الثامن

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٤/١٢ ص ٣٠ من الجزء السابع

٩٣٢- وقد تتظاهر السلطة التشريعية بتقيدها بنصوص الدستور في غاياتها، ولكنها تنس علىها من خلال نوايا مستترة تبطلها، وتصوغ تشريعاتها على ضوءها.

ومن ثم تكون تشريعاتها هذه، محض تعبير عن نيتها أهدافا مخالفة للدستور. وإقرارها لها على هذا النحو، مؤداه أن انحرفها في استعمال سلطتها التشريعية، يعتبر عيبا غائيا يرتبط بالأعراض المخالفة للدستور التي خرج القانون من رحمة.

٩٣٣- وإذا تصوغ السلطة التشريعية تشريعاتها بما يوجهها لتحقيق أغراض مخالفة للدستور، فإنها تفعل ذلك قصدا حتى تكفل تنفيذ الأغراض الحقيقية التي تسعى إليها.

وهو ما يؤكد أن انحرفها في استعمال السلطة يعتبر كذلك عيبا قصديا.

ذلك أنها تستر قصدا ظاهر القانون بأغراض مخالفة للدستور أبطلتها في نفسها، وكان لها أثر في توجيهه الوجهة التي صلب إليها.

فالسطة التشريعية قد تصدر بتقسيم الدوائر الانتخابية قانونا يستند وفق هدفها المعين لموامل ديموغرافية أو جغرافية، ولا يتوخى في الحقيقة غير تكثيد قوة أصوات خصومها وتشتيتها حتى لا تتحقق لها في بعض الدوائر أو في أغلبها، أغلبية تكفل لها الفوز بها.

وقد تصدر السلطة التشريعية قانونا في شأن المعاهد التعليمية، ولا يكون هدفها من هذا القانون إلا التأثير في العملية التعليمية على نحو يطل حرية إجراء البحوث العلمية فيها.

وقد تنظم هذه السلطة الانتفاع ببعض المرافق لأغراض تنظيمية في الظاهر، كمسوح صحة المواطنين في مجموعهم، ولا يكون هدفها في حقيقة الأمر غير إقصاء أقلية بذلتها عن هذا الانتفاع^(١).

ففي هذه الفروض، يتخذ القانون في ظاهرة سمها مخالفا لحقيقة النوايا التي أبطلتها السلطة التشريعية ووجهتها لإقراره، بما يجعل القانون بريئا في مظهره، ملوثا ولعما في

(١) قد يصدر قانون ينظم الانتفاع بحمامات السباحة في بعض المرافق. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض اقتصادية كالقول بأن فتح هذه الحمامات للكافة - بما في ذلك السود - قد يمنع الأغلبية البيضاء من ولوجها، فلا يكون الانتفاع بها سجزا اقتصاديا. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض تتعلق بالأمن العام كالقول بأن الجمع بين البيض والسود فيها يؤدي إلى تصادمهم ببعض ويشتر بالتالي قتال بينهم. بيد أن الغرض في حقيقة هذه الأغراض، قد يدل على أن هذا التنظيم التشريعي لا يتوخى غير حجب الأقلية السوداء عن الانتفاع بذلك المرافق لأغراض عنصرية، بما يؤكد علنية الحراف السلطة التشريعية في استعمال السلطة

مقاصده التي يتعين على الجهة القضائية أن تردّها على أعقابها، وأن يبطل كل قانون اقترح بها، على تقدير مجاوزة هذا القانون لحدود استعمال السلطة، سواء كان خروج المشرع على هذه الحدود ظاهراً أم مستتراً

وحتى لو اختلط غرض مشروع بغرض غير مشروع في إقرار هذا القانون، فإن امتزاج هذين الغرضين ببعض، يجعل من المتعذر على الجهة القضائية أن تحدد مبلغ الأثر الذي كان لأيهما في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجهتها -ولو في بعض جوانبها- أغراض مخالفة للصومح الدستور في غاياتها

ولا يجوز القول بالتالي بأن الغرض غير المشروع، يتعين أن يكون مائلاً في القانون من كل جوانبه غير مستلهم سواء، ولا أن يكون لثَر هذا الغرض في تكوين بصومح القانون جوهرية أو رئيسية. وإنما تتحقق مجاوزة السلطة من خلال احتوائها لغرض غير مشروع، ولو كان جانبياً.

المبحث الرابع

نحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة

٩٣٤- وإذا انتقلنا من التصميم إلى التأميل، وأردنا بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة التشريعية، نحين القول بأن كل قانون يفترض احتواءه على النصوص القانونية التي قصد المشرع بإقرارها، أن تعمل في مجال تطبيقها، ووفق شروط مبرراتها في حق المخاطبين بها An operative rule، وأن يكون لهذه النصوص مقاصد تتوخى تحقيقها Objectives or motives، وأثاراً ترتبها Effects- consequences or impact.

ولئن جاز القول بأن الأثار التي ترتبها القاعدة القانونية، تتصل بمضمونها، وأن أثارها هذه تتمثل في تعديلها لمراكز قانونية قائمة أو إلغائها، ويتعين بالتالي أصل أثار القاعدة القانونية عن الأغراض التي قصد المشرع إلى تحقيقها من وراء إقرارها، إلا أن ما يحدد مضمون القاعدة القانونية، ويبلور الأثار التي ترتبها في محيط العالقة القانونية، يتمثل في أن المشرع لا يصوغ القاعدة القانونية إلا بقصد تحقيق غرض معين يكون مقصوداً منها ليتحد على ضوئه مضمون هذه القاعدة وأثرها.

فالقاعدة القانونية التي تنص على أن الأرض الزراعية لا يجوز تجريفها، هدفها أن تظل راقعتها على حالها، فلا تتكلس بعمل غير مشروع يتوخى تبويرها، ومن ثم تحدد الأغراض التي يستهدفها المشرع من هذه القاعدة نطاق تطبيقها وأثارها.

والقاعدة القانونية التي تحظر هدم المباني التي لها قيمة تاريخية أو جمالية أو أثرية، غايتها صون هذه المباني بوصفها تراثاً قومياً لا يجوز التفريط فيه، ليحدد هذا الغرض نطاق هذا الحظر، والأثار التي يربتها.

والقاعدة القانونية التي تقضي بأن كل مقطوعة يتعين أن يكون تصريفها لمالكها من أعلى نقطة فيها، لا يتحدد مضمونها وأثرها إلا على ضوء الأغراض التي تتوخاها، والتي تتمثل في أن يكون تروث المقطوعة للجو أكل ومطاة.

٩٣٥- تلك صور مختلفة من الأغراض التشريعية التي لها دور في تكوين القواعد القانونية التي تتصل بها، وفي تحديد أثارها. وبقدر اتفانها والأغراض التي يتوخاها الدستور، تتحدد دستوريته.

والذين يقولون بأن الأغراض التي يتوخاها المشرع تدخل في إطار مسائل التقدير التي لا يجوز الخوض فيها، يتناسون أمرين:

أوليهما: أن الأغراض الدهائية للمستور قيد على سلطة التقدير. والتقدير غير التقدير.

ثانيهما: أن الأغراض المخالفة للمستور التي قد يستهدفها المشرع في قاعدة قانونية أخرى، تبطلها ولو خالفها غرض مشروع في بعض جوانبها. ذلك أن الجهة القضائية يستحيل عليها أن تحدد على وجه اليقين، مبلغ الأكثر الذي كان للفرض الباطل في تكوين القاعدة القانونية، وتحديد نطاق تطبيقها، والأثار القانونية التي تترتبها.

المبحث الخامس

مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة

٩٣٦- وما تواجهه الجهة القضائية من صعوبة في مجال التحقق من أغراض القانون، لا يجوز أن يشيها عن الخوض فيها. ذلك أن نقطة البداية في سوء استعمال السلطة، هي أن الأغراض المخالفة للمستور لا تجوز حمايتها، أي كان قدر الصعوبة التي لا تواجهها الجهة القضائية في مجال إثباتها، وأيما كان نوع المخاطر التي قد تنزلق إليها في مواجهتها لهذه الأغراض وتحديدها لها.

وغالبا ما نتوصل الجهة القضائية إلى حقيقة هذه الأغراض بقدر مقبول من اليقين، كأن تدل عليها مضابط السلطة التشريعية نفسها، أو الأعمال التحضيرية للقانون، أو توثيقها واقعة مجهولة تستخلصها الجهة القضائية من واقعة معلومة لا نزاع في صحتها، أو من بيان بدلي به أحد المسؤولين في شأن حقيقة الأغراض التي يتوخاها القانون.

وقد يقوم مضمون القاعدة القانونية دليلا قويا على بواشها المخالفة للمستور، والتي يتعين التمييز بينها وبين القواعد القانونية التي تدل إليها أو التي نسجها وراضها لحد جائزيتها.

وقد يقوم الدليل على أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية المطعون عليها، لو لم يكن الغرض غير المشروع قد اتصل بها أو لكتفها. كأن يقر المشرع قانونا بقصد تقييد الهجرة التي أطلق للمستور الحق فيها، إضرارا بحرق معين.

ذلك أن هذه القوانين تخالفها أغراض مخالفة للمستور كان يتعين تجديدها. وإلزام المشرع لها على هذا النحو، يناقض حقيقة أن كل قانون يتضمن في الأصل تقييدا منطقيا لتكلفتها، واتصالا معقولا بالأغراض التي يتوخى تحقيقها، وانتقاء بدائل أقل وطأة من تلك التي اختارها في بناء القانون.

فيذا جاوز قانون الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيه، أو أهل بمضمون نص في الدستور، أو تمحض عن إساءة استعمال السلطة، تحين أن يكون بطلان القانون جزاء واحدا على هذه الصور المختلفة من عوار النصوص القانونية، وإن تقدم بعضها على بعض، كأولوية النظر في الأوضاع الشكلية التي يتعين إبراغ القانون فيها، على مخالفة القانون لمضمون نص في الدستور، وكاستقصاء المخالفة الشكلية ثم الموضوعية لنصوص الدستور، قبل الخوض في غاياتها.

وعلى الجهة القضائية أن تتحقق من براءة النصوص القانونية المطعون عليها من كافة مثالبها. وليس لها على الأخص أن تختط لنفسها سياسة قضائية ترددها عن النظر في إساءة استعمال السلطة، ولو كان ذلك يجنبها الحرج في علاقتها بالسلطتين التشريعية والتنفيذية.

ذلك أن امتحان الوظيفة التشريعية والخروج على الحدود التي رسمها الدستور لها، يتحقق بصورة أظهر وأخطر في مجال إساعتها استعمال السلطة التي تعد عيباً قصدياً بفسادها المشروع، ويعمد على ضوئه إلى تشكيل النصوص القانونية التي يقرها، ليوجهها لتحقيق غرض غير مشروع. فلا يكون هذا الغرض مجرد خلفية لهذه النصوص، وإنما هو باعثها ومحركها.

٩٣٧- وما يقال من أن نظر الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي توختها النصوص القانونية، يقتضيها الخوض فيما كان بين أعضاء السلطة التشريعية من تواطؤ في إقرار قانون يناقض أغراض الدستور، وأن في ذلك تعمقاً لنواياهم التي يعتد بإثباتها، مردود بأن إساءة استعمال السلطة التشريعية لاختصاصها من الأمور التي قلما يتم إثباتها بالطريق المباشر؛ وأن إثباتها بطريق غير مباشر يفتي على الأخص من تقصى السياسة التي درج المشرع على انتهاجها في موضوع معين، ويترج تحتها تعدد إرهاب المجرمين بأعباء يخل بها التوازن المطلق في العلائق الإجارية بينهم وبين المستأجرين^(١). ويرتد كذلك إلى القرائن القضائية التي تستخلص بها الجهة القضائية واقعة مجهولة من واقعة معروفة بما يجعل الواقعة المعروفة موطناً للواقعة المجهولة بالنظر إلى ما بين الواقعتين من صلة، كأن تستلطف من الأوضاع القائمة أو السابقة على إقرار النصوص القانونية، ما يدل على مجاوزة السلطة التشريعية حدود للمصلحة العامة، وتصرفاتها بالتالي إلى تحقيق أغراض يلفظها الدستور.

وما يراه البعض من أن الرقابة القضائية على الأغراض التي تنفيهاها السلطة التشريعية، يتجسمها في العملية التشريعية ذاتها، ويدل على عدم احترامها لهذه السلطة وانتقاصها من مهامها وظيفتها في بؤرة الصراع السياسي؛ مردود بأن الجهة القضائية لا تسأل أعضاء السلطة التشريعية عما كان قائماً في أذهانهم وقت إقرار القانون. ذلك أن هؤلاء الأعضاء يمثلون هيئة

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية بمسئورية - جلسة ١١/١٥/١٩٩٧

- قاعدة رقم ١٣/٦٥ - في ٩٥٦ من الجزء الثامن بأن النص المطعون فيه - بالمسئورية التي أقرغ فيها - ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمداً طويلاً في إطار مفاهيم جائزة لا يمكن تبريرها مطلقاً ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وأن هذا الاتجاه يمثل ظلماً فادحاً لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجعون عليهم مصالحهم متكررين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها - في كثير من جوانبها - حدود الاعتدال فلا يكون مجتمعهم إلا متحيفاً حقوقاً ما كلن يجوز الإضرار بها

الناخبين في تصرفاتهم داخل البرلمان، ولا تجوز بالتالي محاسبتهم عنها، ولا استجوابهم بشأنها، ولا إتهادهم على بواعثهم من العمل التشريعي، ولا دعوتهم للمثول أمام الجهة القضائية للإدلاء بهذه الشهادة.

ولا نزاع في أن مجرد مخالفة السلطة التشريعية للدستور، سواء من ناحية الأوضاع الشكلية التي كان يجب أن يفرغ القانون فيها، أو من جهة خروج مضمون القانون على الدستور في محتواه، هو خطأ من المشرع، ولكن هذا الخطأ لا يصل إلى حد اتهام أعضاء هذه السلطة بالتكليس والالتواء، ولو كان غرضهم من إقرار القانون مخالفاً للدستور.

ذلك أن الجهة القضائية التي تكين بواعثهم، لا يؤثر شكوكا خطيرة حول أمانتهم، ولا تهيئهم، ولا تقحم نفسها في سياسة تشريعية لا اختصاص لها بمناقشتها. وإنما حسبها أن تباشر ولايتها بما يكفل خضوع السلطة التشريعية لحكم الدستور. وشرط ذلك ألا يكون لها شأن بأعضائها أنفسهم، كاستجوابهم حول حقيقة دوافعهم من النصوص التي أقروها، بل يتعين عليها أن تعتمد على مصادر خارجية ترجح لديها إسائة استعمال البرلمان لسلطته.

ومن المحقق فإن احترام السلطة التشريعية لنفسها يقتضيها أن تبدأ بنفسها، وأن تنزل على حكم الدستور. وردّها إلى الدستور هو جزاء مخالفتها لأحكامه، ولا عصمة لأحد فوق الدستور.

المبحث السادسفائدة للخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواعثها

٩٣٨- كثيرا ما يقال بأن الخوض في الأغراض المقصودة من القواعد القانونية، لا فائدة فيه، وذلك من وجهين:

أولهما: أن الدخول في الأغراض التي تتوخاها السلطة التشريعية من تشريعاتها، يحملها على أن تبذل جهدا أكبر لإخفاء ما هو غير مشروع منها، بما يحبط الرقابة القضائية على عمل السلطة التشريعية، ويعجزها عن تحقيق مهامها.

ثانيهما: أن السلطة التشريعية التي تبطل الجهة القضائية تشريعاتها لسوء استعمال السلطة، قد تعود إصدارها بذات أهدافها السابقة الباطلة بعد إبّاس تشريعاتها الجديدة، ثوبا يخالص حقيقتها.

٩٣٩- بيد أن هذين الوجهين -حتى مع صحتهما- لا يجردان للرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة من فائدتها العملية وذلك على النحو الآتي:

أولا: إعادة إقرار المشرع لقانون باطل في أهدافه

وما يقال من أن المشرع قد يعيد إصدار القاعدة القانونية القديمة التي أبطلتها المحكمة لسوء استعمال السلطة، مردود بأن إبطالها لقاعدة قانونية لسوء استعمال السلطة ثم إيدال المشرع للقاعدة القديمة بقاعدة جديدة ، لا يجوز أن يمنعها من التحقق مما إذا كان ثوبها الجديد، ساترا لأغراض المعيبة ذاتها التي كان عليها ثوبها القديم، وما إذا كان المشرع حين أعاد إصدارها قد أخذ في اعتباره بحقوق المخاطبين بها، والذين أضرروا منها قبل إبطالها.

ولا شبهة في أن للسلطة التشريعية دوما أن تتر من جديد قانونا ينظم الأوضاع التي تناولها قانون سابق قضى ببطلانه لمجاوزة السلطة، بشرط أن يوافق القانون الجديد، أحد الأغراض التي يكتفها الدستور. وحرقتها في ذلك لا قيد عليها.

ثانيا: إخفاء المشرع لنواياه

وحتى لو أعاد المشرع إقرار قانون أبطل من قبل بالنظر إلى مجاوزة السلطة، فإن من المفترض أن يحامل القانون الجديد باعتباره قانونا مشبوها اتصل بالأغراض القديمة المخالفة للدستور واستصحابها.

وهو الافتراض لا يجوز أن ينقض إلا إذا قام الدليل على نبذ السلطة التشريعية للغرض القديم، وعلى الأخص كلما تغيرت الأوضاع التي صدر للقانون القديم في ظلها، أو تبدلت القيم من النقيض إلى النقيض خلال الفترة الزمنية الواقعة بين هذين القانونين.

وتدخل الجهة القضائية في العملية التشريعية على هذا النحو، ليس معيها، ذلك أن إبطالها لقانون ما، لا يتصور أن يمنعها من تقييم قانون آخر يطبق القانون الأول أو خالفه، أو كان قريباً من أحكامه.

ولها أن تعتمد في هذا التقييم على السياسة التي تتبناها السلطة التشريعية، وموقفها قبل فريق من المواطنين. وهما عنصران يعطيان الانطباع في كثير من الأحيان بأن الأغراض التي توخاها المشرع من إقرار القانون الجديد، تكبر الشبهة حول مشروعيتها، وعلى الأخص لأن احتمال إبطال القانون الأول الباطل بقانون جديد يصدر في إطار غرض مشروع، كثيراً ما يكون ضئيلاً.

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن القاعدة القانونية المخالفة في مضمونها أو في الآثار التي ترتبها للدستور، هي قاعدة لا نفاذ لها؛ فإن من الصحيح كذلك أن عودة المشرع إلى إقرار قاعدة قانونية لبطلتها المحكمة من قبل لخروجها على أهداف كلية بحميتها الدستورية لمخالفتها لنصوص الدستور في أغراضها الكلية، ينحل عملاً عديم الأثر. ولو أبس المشرع للقاعدة الجديدة التي أعاد إصدارها، ثوباً يتفق مع الدستور.

وما يقال كذلك من أن إبطال الجهة القضائية للنصوص القانونية التي تخرج بها السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها، يحفزها دائماً على إخفاء حقيقة نواياها، وبذل كل جهد من أجل طمسها، وحرمان الجهة القضائية بالتالي من كل معلومة أو بيان يحينها على تقييم هذه النوايا لتتوهم الجهة القضائية نفسها بنفسها؛ مردود بأن خوض الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي تبنتها السلطة التشريعية، ضرورة دستورية لا يجوز تجنبها أو غش البصر عنها.

وقلما تعتمد الجهة القضائية في سبورها لهذه الأغراض على معلومة أو بيان تتلقاه من السلطة التشريعية التي تحرص على أن تظل مقاصدها الباطلة من النصوص القانونية، محجوبة عن الجهة القضائية التي قد تكيد لها إذا بان لها أن وراء هذه النصوص غرض غير مشروع.

ولئن صح القول بأن تدخل الجهة القضائية لغرض رقابتها الدستورية على السلطة التشريعية، هو مما يزعجها ويؤرقها، وأن وصمها بمخالفة الدستور في الأغراض التي

يحميها، يشينها، ويصم أعضاءها بالإخلال باليمين التي حلفوها على احترام الدستور، إلا أن الحقيقة التي لا يجوز إهمالها، هي أن السلطة التشريعية قد نثر من القوانين ما يناقض نصوص الدستور في غاياتها.

ويتعين بالتالي أن تطلبها الجهة القضائية على تقدير أن مصلحة المواطنين في تأكيد الشرعية الدستورية وبناء أسسها، أولى وأظهر من مصلحة أعضاء السلطة التشريعية في حماية أنفسهم مما يشينهم، وعلى الأخص كلما كان سوء استعمال السلطة جليا من نصوص القانون ذاتها، وإن تعين على الجهة القضائية أن تلتزم قدرا كبيرا من الحذر في وصمها لقانون ما بمجاوزة السلطة

المبحث السابع

ضرورة الخوض في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة

٩٤٠- وإذا كان ولجبا على الجهة القضائية أن تطبق الدستور في كل أحكامه، ومن بينها الأغراض التي يصونها، فإن عليها كذلك أن تزن مهمتها هذه بقدر الضرورة، وألا تبطل بالتالي قانونا لإساءة استعمال السلطة، إلا إذا توافر الاقتناع لديها بأن القانون اختلط بغرض غير مشروع، وأنه كان لهذا الغرض دور إيجابي في تكوين نصوص القانون، ولو لم يكن دورا وحيدا Sole motivation أو متقنها Dominant motivation^(١) في نصوص القانون جميعها. وإنما يكفي أن يكون مؤثرا في المحصلة النهائية للعملية التشريعية. ولا يجوز القول بالتالي بأن النصوص القانونية المدافضة في أغراضها للدستور، هي تلك التي ما كانت السلطة التشريعية تصدرها لو لم تكن هذه الأغراض قلقة في ذهنها وقت إقرار القانون.

وكما بأن لجهة الرقابة القضائية أن القانون في غرضه لا يوافق الدستور، تعين عليها أن تعامله باعتباره قانونا مشهورا وأن تبطله. فإذا أعاد المشرع إصدار القانون، تعين أن تكون برأيه الجديدة نغية من كل الوجوه^(٢).

ومجرد قيام صلة منطقية بين القاعدة القانونية، والأغراض التي تتوخاها، لا يجعلها بالضرورة قاعدة موافقة للدستور. وإنما تتحقق دستوريته بموافقتها لأحكامه وتقييدها كذلك بمقتضاها.

ذلك أن ما ينبغي أن يركز القضاء عليه، ليس ما إذا كان المشرع قد صاغ القاعدة القانونية متوخيا بها تحقيق غرض يتألف الدستور، وإنما يتعين أن يدور تساؤلهم حول ما إذا كان لهذا الغرض دور في تكوين هذه القاعدة^(٣). ويفترض دوما أن للغرض غير المشروع دور في المحصلة النهائية للقاعدة القانونية، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك.

ذلك أن مجرد مجاوزة السلطة التشريعية لأغراض ترعاها الدستور، يصممها بإساءة استعمال سلطاتها، وعلى الأخص من خلال الطريقة التي اختطتها لنفسها لإقرار القاعدة القانونية التي أُنشئت في تكوينها غرض غير مشروع، وهو ما يعتبر كافيا لإبطالها، ولو كان

(١) الغرض المنفرد أو المهيمن، لا يلحق عادة الأصول التشريعية التنظيمية، وإنما يتلقى بالقرارات الفرعية التي تصدرها الإدارة.

(٢) Paul Brest, "Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, the Supreme Court Review, 1971, pp. 95-131.

(٣) Paul Brest, footnote page 119.

تطبيق هذه القاعدة كإفلا تحقيق بعض المنافع للمخاطبين بحكمها، وكانت الفائدة العملية من تطبيقها، تريبو سوءاتها.

ذلك أن الأغراض النافعة للقانون لا تفي سوء استعمال السلطة باعتبارها عيبا لا يجوز الخلط في تحقيقه بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية.

ودليل ذلك أن المشرع وإن تعين أن ينظر في النصوص القانونية التي يبحثها حتى لا يقر منها إلا ما يكون مفيدا بوجه عام للمخاطبين بأحكامها، إلا أن ما يعتبر من منظور قضائي صحيحا من النصوص القانونية، ينحصر في تلك التي تولفق الدستور. ومن ثم لا تتحدد دستورية القانون على ضوء الفائدة التي يجنيها المخاطبون بأحكامه.

وينبغي بالتالي أن يعمل المشرع على إقرار النصوص القانونية التي تولفق نصوص الدستور في شكليتها وأسسها وغاياتها، وإلا تعين إبطالها بغض النظر عن نتائجها على صعيد مصالح الناس في مجموعهم. فضلا عن أن إقرار المشرع لقوانين مخالفة في أغراضها لنصوص الدستور في غاياتها، مؤداه أن هذه الأغراض كان لها وزن في تحديد مضمونها، وأن تعييبها على هذا النحو يكفي لإبطالها، ولو قارنتها بعض الأثار التي أفاد المواطنون منها.

المبحث الثامن

الطبيعة القصديرية والاحتياطية لعبوب إساءة استعمال السلطة

٩٤١- تتناقض النصوص القانونية الدستورية من أوجه ثلاثة ترتبها على النحو الآتي، وبمراعاة أن ترتيبها فيما بينها لا يعنى تترجها وعلو بعضها على بعض، وإنما يقصد بترتيبها تقديم بعضها على بعض فى مجال الرقابة الدستورية التى تتولاها الجهة القضائية.

ذلك أن هذه الجهة لا تخوض فى عيوب النصوص القانونية دفعة واحدة، ولكنها تبدأ بالنظر فى المطاعن الشكلية للنصوص القانونية. فإذا تبين لها أن هذه النصوص لا يخالطها ثمة عوار مرده إلى الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيها، كان عليها أن تتكفل بعنذ عيوبها الموضوعية للتحقق مما إذا كان القانون مخالفاً لنصوص الدستور فى محتواها الموضوعى. فإذا ظهر لها براءة القانون من كل عوار من طبيعة موضوعية، تحين عليها عندئذ، وعندئذ فقط أن تنظر فيما إذا كان هذا القانون منطوياً على تجاوز السلطة.

وتقدم بعض صور مخالفة الدستور على غيرها، ليس قرين التحكم، ولا هو تعبير عن التسلسل، وإنما تقدم بعض أوجه العوار التى تقارن للنصوص القانونية على بعضها فى إطار علاقة منطقية، وعلى ضوء طبيعة المخالفة للدستورية.

لنحقق للجهة القضائية من استيفاء الأوضاع الشكلية التى يقتضيتها الدستور من المشرع أو تخطئها، يتصل بوجود النصوص القانونية ذاتها. ذلك أن النصوص القانونية التى لا يصحبها المشرع فى قولها الشكلية التى ينص عليها الدستور، كالموافقة على قانون بغير الأغلبية اللازمة لإقراره، أو إصدار رئيس الجمهورية لقرار بقالون بما يجاوز حدود الاختصاص المقرر له دستورياً فى هذا النطاق، أو كإغفال استيفاء المراحل المختلفة التى تطلبها الدستور فى العملية التشريعية كإقترح القوانين وإقرارها وإصدارها، كل ذلك يعتبر عيباً شكلياً يذلل من النصوص القانونية، ويفقدها مقوماتها، وينعدم به وجودها، فلا تكون لها ثمة حياة على صعيد العلاقات القانونية، لتعمل هذه النصوص باعتبارها مواتاً ولا قيمة لها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا من خلال قاعدتين كللتها:

أولهما: أن المطاعن الشكلية فى النصوص هى التى تقوم فى مبناها على مخالفة النصوص القانونية لأوضاع إجرائية تطلبها الدستور فيها، سواء فى ذلك ما كان متصلاً بإقترحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقاً

بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها في غيبة المصلحة التشريعية، أو بتقويض منها.

ثانيتهما: أن استيفاء النصوص للقانونية لأوضاعها الشكلية، سابق بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية. ذلك أن الأوضاع لشكلية للنصوص القانونية من موماتها، لا تقوم أصلا إلا بها، ولا يكتمل وجودها في غيبتها.

ومن ثم صح القول بأن خوض المحكمة الدستورية العليا في عوار موضوعي، يفترض اكتمال وجود النصوص المطعون عليها، وينهل بالتالي قضاء ضمنا بصدر هذه النصوص وفق الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها^(١).

٩٤٢- وسواء تعلق الأمر بمخالفة النصوص القانونية لأوضاع شكلية تتطلبها الدستور فيها، أو بمضمون قاعدة فيه، فإن هذين العييين لا يعتبران بالضرورة عييين قصديين. ذلك أن الرقابة على الدستورية تشملهما، سواء كان المشرع قد قصد الوقوع في المخالفة للدستورية وتعمدها، أم كان قد دخل فيها إسهالا أو خطأ، ليكون الوقوع فيها عرضا، لا قصدا.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الرقابة على الدستورية تتناول سبين ما تشمل عليه- الحقوق التي كفلها الدستور وأهدرها المشرع، سواء كان الإخلال بها مقصودا ابتداء، أم كان قد وقع فيها عرضا^(٢).

ولا كذلك الطعن في النصوص القانونية بمجاوزة لسلطة. ذلك أن هذا الطعن يحل عيبا غالبا مرده إلى خروج المشرع على أغراض يكفلها الدستور. ويتمحض هذا الطعن كذلك عيبا قصديا على تقدير أن مجاوزة السلطة هي إساءة استعمالها، ولا يتحقق سوء الاستعمال بغير إرادة جازمة بيطنها المشرع أو يظهرها، متوخيا بها تحقيق أغراض تناقض قواعد الدستور في مقاصدها الكلية. فإذا نقض المشرع هذه المقاصد وحرلها عن وجهتها في النصوص القانونية التي أقرها، تعين القول بمخالفتها للدستور.

ولا شبهة كذلك في أن الطعن بمجاوزة السلطة يعتبر -في كل صوره- عيبا احتياطيا لا تنفر إليه الجهة القضائية قبل التحقق من خلل القانون من كل عوار آخر. وهو بذلك ملاذ أخير

(١) القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية دستورية- جلسة ١١/٢/١٩٩٢ -قاعدة رقم ٦/٥- من ٥٠-٥١- من المجلد الثاني من الجزء الثاني من أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية- جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢/٢٠- من ٣٥٢ من الجزء السابع من أحكام المحكمة

يعتصم به المضررون من النصوص القانونية إذا تميز عليهم تجريحا من جهة مخالفتها للنصوص الدستورية في جوانبها الشكلية والموضوعية.

٩٤٣- ومقاصد المشرع من القواعد القانونية التي يقرها، هي التي يتعين أن تستجلبها الجهة القضائية بغیر تردد بقعدها عن الخوض فيها. ذلك أن بحثها لا يتوخى الفصل فيما إذا كان المشرع قد أدخل في اعتباره كافة العوامل التي كان يجب أن يدركها ويصيرها في تنظيمه لموضوع ما. وإنما تنحصر مهمة الجهة القضائية التي تنصل في سوء استعمال السلطة، فيما إذا كان للمشرع، قد صاغ القاعدة القانونية على ضوء غرض غير مشروع أثر في تكوينها. وتلك مهمة تقابل الجهة القضائية من خلالها بين أغراض تشريعية وأغراض دستورية، لتحديد على ضوء هذه المقابلة منطقة التماثل أو التوافق بينهما.

وكما كان للفرض غير المشروع دور في تكوين النصوص القانونية المطعون بمخالفتها للدستور، تحين إبطالها، ولو لم يكن هذا الفرض قد أحاط بالنصوص القانونية بتمامها، وإنما أثر في بعض جوانبها.

وليس شرطاً بالتالي أن يكون الفرض غير المشروع، غرضاً رئيسياً يؤثر بصورة جوهرية في النصوص القانونية ويوجهها نحو تحقيقه، ولا أن يكون غرضاً وحيداً يحيط بها من كل أقطارها ويتسرب إلى كل جزئية فيها.

المبحث التاسع

أغراض الدستور بين تعميمها وتخصيصها

٩٤٤- قررت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها، أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية، فلن لها أن تبشر اختصاصاتها التقديرية دون تدخل من الجهة القضائية التي لا يجوز لها أن تنقلها في المداينة التي انتهجت في موضوع معين، ولا أن تخوض في ملامة تطبيقها عملاً، ولا أن تتحل للنصوص القانونية التي تبنتها غير الأغراض المقصودة من إقرارها، ولا أن تحل خياراتها محل البدائل التي تبنتها السلطة التشريعية التي يكتبها أن تمارس اختصاصاتها وفق أغراض يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها لنفسها، مرتبطة عقلاً بها^(١).

ولا شأن للجنة القضائية بالتالي بما هو مشروع من أغراض السلطة التشريعية التي تفلور مقاصدها من النصوص القانونية التي أقرتها. ولا كذلك ما لا يلزم به الدستور من أهدافها. ذلك أن توحيها تحقيق غرض غير مشروع، يعتبر انحرافاً منها في مباشرة سلطتها^(٢).

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يتصل بتقدير ملامة إقرارها، ولا بالحكمة من تبنيها، ولا ببواعثها، إلا أن ذلك يفترض بالضرورة ألا تكون الأغراض التي يستهدفها المشرع مغايرة لمقاصد الدستور؛ سواء في ذلك تلك التي تتصل بالمفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، أو بالمفهوم المخصص لأغراض بذواتها.

فقد لا يخول الدستور السلطة التشريعية حق فرض رقابة على وسائل الإعلام، إلا بشرطين: أولهما: أن تكون رقابة محدودة، وثانيهما: أن يكون هدفها مدح صون الأمن الاجتماعي، ليكون ضمان هذا الأمن غرضاً مخصصاً حدده الدستور.

وقد يكفل الدستور حرية إجراء البحوث العلمية، ويخول السلطة التشريعية اتخاذ الوسائل اللازمة لدعم قاعدتها وتوسيعها وتشجيعها. ومن ثم يكون هذا الغرض المخصص في نطاق البحوث العلمية، قيذاً على سلطته في شأن كل تنظيم يتناولها.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤/٣٤ ص ٤٩٤ من الجزء السادس.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - القاعدة رقم ٦/١٤ ص ٧ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وقد يكفل الدستور حرية العقيدة، ويمنع الدولة من التطفل لمناصرة عقيدة بعينها إضراراً بغيرها. وعندئذ يكون الدستور قد حدد للسلطة التشريعية أغراضاً بذواتها في مجال حرية اعتناق الأديان، ومنعها من التطفل على نحو يوجب الصراع بينها. وذلك غرض مخصص حدد الدستور مضمونه ومداه.

وقد يحظر الدستور إعلان الأحكام العرفية (إلا بقتل، ويقصد صون الأمن والنظام. وعندئذ يكون إعلان السلطة التشريعية لها مقبلاً بعدم انحرافها عن هذا الغرض المحدد، ليطال القانون الصادر عنها إذا جاوزه.

ففي كل هذه الفروض، نحن أمام دائرة بعينها حدد الدستور نطاق التطفل التشريعي فيها من جهة تحديد الأغراض التي يتعين أن يستهدفها هذا التطفل.

ولئن جاز القول بأن الدستور قلما يحدد أغراضاً بذواتها يلزم بها السلطة التشريعية، ويجعلها محورا لعملها فيما تقرره من القوانين في إطار هذه الدائرة؛ إلا أن إدرة النص عليها في الدستور لا يعنى استبعادها كأغراض بذواتها يتعين أن تستهدفها السلطة التشريعية. فإذا نقضتها أو جاوزتها، دل ذلك على انحرافها عن سلطتها، وتعين إبطال كل قانون نقض أو جاوز الغرض المخصص بالدستور.

وليس ثمة فارق بالنتالي، لا في الطبيعة ولا في الدرجة، بين خروج السلطة التشريعية على المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين فيما تقرره من القواعد القانونية؛ وبين تسعدها الخروج على صور بذواتها من الخير العام حددها الدستور لها، وألزمها بأن تتخذها غاية وحيدة لها على وجه التحديد.

ذلك أن المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، هو المصلحة العامة في ثوبها للفضاض، ومفهومها الأوسع. وعلى نقض ذلك الأغراض المحددة التي يرسها الدستور للسلطة التشريعية في دائرة بذاتها من تشريعاتها، ذلك أن هذه الأغراض تبلور المفهوم الخاص لصور بذواتها من الخير العام لا يجوز لهذه السلطة أن تعمل على خلافتها.

ومن ثم تكون المصلحة العامة هي المفهوم المعرض لاستعمال السلطة التشريعية، والغرض المخصص هو المفهوم الأضيق للمصلحة العامة التي يتعين على هذه السلطة التقيد به. ومجاوزتها للفرض المعرض أو الأضيق للمصلحة العامة، يبلور -في الحالتين- انحرافها في استعمال سلطتها.

٩٤٥- ولا يجوز القول بالتالي بأن خروج السلطة التشريعية على الغرض المخصص لها بنص في الدستور في مسائل بعينها، هو مخالفة مباشرة لهذا النص من شأنها إلغاء المفاضلة التي تجريها بين البدائل، ويجعلها أمام خيار وحيد هو العمل على تحقيق الغرض المخصص، والمحدد بنص في الدستور. ومن ثم تكون سلطاتها في نطاق تحقيق هذا الغرض، مقيدة لا تقديرية. غير صحيح وذلك لأمرين:

أولهما: أن إساءة استعمال السلطة تعتبر عيباً غائباً يشمل كل صور الخروج على المصلحة العامة سواء في مفهومها الأثمل أو في مفهومها الخاص.

ثانيهما: أنه حتى مع تخصيص الدستور لأغراض بذواتها، وحمل السلطة التشريعية على تبليها، إلا أن لاختيار الوسائل الأفضل لتحقيق هذه الأغراض، لازال بيد السلطة التشريعية، وواقعاً في حدود سلطاتها التقديرية. وهذه الوسائل هي النصوص القانونية التي تراقبها الجهة القضائية للتحقق من ارتباطها عقلاً بتلك الأغراض أو مجاوزتها لها.

المبحث الحائرالعلاقة بين إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفهاوبين الواقعة التي وجهتها لتنظيم موضوع معين

٩٤٦- وغير صحيح كذلك القول بأن مجاوزة السلطة التشريعية لغرض معين حده الدستور لها في موضوع ما، مؤداه انفصال تشريعاتها عن سببها، بما يطلها بإبطال سببها^(١).

ذلك أن من المفترض في كل قانون يصدر عن السلطة المختصة بإقراره، أن يفرغ في الأشكال التي نص الدستور عليها، وأن يتقيد بمضمون قواعد الدستور، وأن يلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها.

وفي حدود هذه الدائرة وحدها، يتحدد موقع القانون من مخالفة الدستور أو من الاتفاق مع أحكامه.

وثمة فارق كبير بين واقعة توجه السلطة التشريعية إلى التدخل، وبين أثر هذا الواقعة في تكوين نصوص القانون وتحديد صورتها النهائية. فوقع اضطراب يخل بالأمن العام، واقعة تخول السلطة التنفيذية للتدخل لقمعه. بيد أن التدابير التي تتخذها لتحقيق هذه الغرض قد تخالفها الأهواء، ولا يكون صون النظام العام بالتالي ملحوظا فيها، لتبطل هذه التدابير التي وجهتها أصلا واقعة لا شبهة في مشروعيتها.

كذلك فإن كل كارثة من طبيعة عامة، تخول السلطة التشريعية إعلان حالة الطوارئ لمواجهةها. إذا كان من شأنها الإخلال بالأمن أو النظام العام، بيد أن السلطة التشريعية قد تتستر وراء إعلان هذه الحالة، لاتخاذ تدابير تجاوز نطاقها وتزيد على متطلباتها، لتكون التدابير الزائدة مخالفة للدستور.

(١) كالقول بأن ما نص عليه المادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ من أن الصحافة حرة في حدود القانون، وأن أية صحافة لا يجوز إزادها أو وقفها أو إغلاقها إلخ إلا إذا كان ذلك ضروريا لولاية النظام الاجتماعي، مؤداه أن الدستور حدد أغراضا بذاتها على السلطة التشريعية ألا تحد منها، وأن استغلالها هذه الأغراض يعتبر سببا لتدخلها، فإذا جاوزتها بالصيغ القانونية التي أقرتها، حين إبطالها بإعلان سببها. أنظر في ذلك رسالة الدكتوراه للدكتور عبد المظلم عبد الحميد إبراهيم شرف - حولها المعالجة التشريعية والميسمية للانحراف التشريعي - ص ١٧٩ إلى ٢٠٣ طبعة ٢٠٠٢.

بما موداه أن لكل واقعة أثر في توجيه المشرع إلى التدخل لتنظيم موضوع ما. بيد أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم، هي التي تبين ما إذا كان متققاً أو مختلفاً مع الدستور.

وبكذلك الأمر في سوء استعمال السلطة. ذلك أن مضمون النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية في مجال تنظيمها لموضوع معين، قد تدل على وجه انحرافها في استعمال سلطاتها التشريعية من خلال تنكبها لفرض مخصص حده الدستور لها، أو مجاوزتها للمصلحة العامة في ثوبها الأعم، بما يؤكد انحرافها في الحالتين عن وظائفها.

ومن ثم تنفصل الواقعة التي تحمل المشرع على التدخل، عن مضمون النصوص القانونية التي يقرها بمناسبة هذه الواقعة ذاتها، وعن حقيقة الأغراض التي يتوخاها.

فالهجوم من صحيفة على أحد المسؤولين عن العمل العام، يظل مشمولاً بالحماية الدستورية، ولو كان هذا الهجوم مريداً. ولا يجوز بالتالي أن تشكل هذه الواقعة مضمون النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع حرية التعبير، وإلا تعين تعييبها بمخالفة الدستور.

المبحث الحادي عشرخصائص سوء استعمال السلطة التشريعية

٩٤٧- حددت المحكمة الدستورية العليا هذه الخصائص بقولها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلاً احتياطياً وعبئاً قصدياً يتعين أن يكون الدليل عليه وأشياء بتكليفها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستئثارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها^(١).

وقد كانت المحكمة العليا أسبق من المحكمة الدستورية العليا في تعيينها للنصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن حكمها في القضية رقم ٣ لسنة ٣ ق. علياً "مستورية" خاض في نوايا المشرع، ومقاصد الذين أعدوا مشروع القانون المطعون عليه، والحقائق العلمية والصلية التي قام عليها، منتها من ذلك إلى خلوه من إساءة استعمال الوظيفة التشريعية^(٢).

٩٤٨- وقد قابل للفقير الكبير الدكتور السهوري بين سوء استعمال الحق، وسوء استعمال الوظيفة الإدارية، وسوء استعمال الوظيفة التشريعية. وقرر للفقير الجليل أن النصوص القانونية وإن تعين ضمن استقرارها حتى لا ترزعها عيوب تثير شكاً في مطابقتها للدستور، إلا أن حماية الدستور أولى.

وقرر هذا الفقير كذلك أن لكل دستور أغراضاً يتوخاها، فإذا خالفها نصوص قانونية تعين إبطالها. ومن ذلك أن يلبس المشرع النصوص القانونية بما ينال حقيقتها بأن يصيبها في شكل قواعد مجردة لا تستند موضوعها بمجرد تطبيقها عليها، حال كونها موجهة لحالة بذاتها، فلا يبقى بعد تطبيقها عليها مجال لعملها^(٣).

(١) القضية رقم (٢) لسنة ١٨ ق. "مستورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - للقاعدة رقم ٥/٨٩ - ص ١٢١٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم (٣) لسنة ١٨ ق. علياً "مستورية" التي رفعت صحتها إلى قلم كاتب المحكمة الدستورية العليا في ١٩٧٢/٤/٢٣ وفتى ضمن فيها على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإلغاء قرارات وزير التعليم بمعالجة شهادة المساحة بشهادة القانون والصناعات نظام حديث.

(٣) انظر في ذلك مقالة كتبها الدكتور السهوري في مجلة مجلس الدولة - السنة الثانية - تحت عنوان "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية".

١٩٤٩- والأصل في المشرع أن يحرص على صون حقوق المواطنين وحرياتهم، وألا ينال منها متخفياً وراء ستار من حدود ولائته المنصوص عليها في الدستور، أو من مظاهر هذه الولاية الضميمة بها، ولو لم يرد نص بها^(١).

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة التشريعية من اختصاصها في تنظيم الحقوق ستاراً لإخفاء نواياها في الخروج بهذا التنظيم عن حقيقة الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها. فاضطهادها بعض الأعراق، وإثابتها بعض الأقسام، وإرهاقها لبعض الممولين، وإيهابها لتكلفة شروط العمل بقصد تعويق الحق فيه، وتحديد شروط القبول في المعاهد التعليمية بقصد الإضرار بالأقلية بذاتها، وتقديم الرجل على المرأة بقصد إقصائها عن العمل العام. لا يجوز أن يكون هدفاً لها. ذلك أن مثل هذه الأغراض لا يحميها الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تتعارض القيم التي احتضنها، وتخل بالأغراض التي يتوخاها في مجال تنظيم الحقوق.

ثانيهما: أنها في حقيقتها عدوان مقصود على حقوق المواطنين وحرياتهم تستتر بالحق في تنظيمها، وتوخي اسمها أو إصابتها بالأذى لتحقيقاً لمسياسة ملتوية تخرج بها السلطة التشريعية عن حقيقة وظائفها التي تلزمها بأن تتجرد في كل قاعدة قانونية تقرها، عما يعتبر عليها أو تشبهاً أو تسليماً بغير الحق حتى تتحرر مقاصدها من كل لقواء بشيئها.

وتلك منطقة لا يجوز في إطارها أن تعمل السلطة التشريعية على الإضرار بفرقاء لا تصطفهم، ولا أن تعد إلى الإخلال بالتوازن بين المزايا التي ترتبها القاعدة القانونية، والأضرار التي تنجم عنها، لتزيد تكلفتها على فائدها من خلال الدوايا التي تبطنها، والتي ترتد على القواعد التي ألزمتها بالنظر إلى تأثيرها في محصلتها النهائية.

وهو ما يجعل الأغراض التي تتوخاها القواعد القانونية، أحد الضوابط الفصل في موفقتها أو مخالفتها لأغراض كفلها الدستور.

ومن ثم صبح القول بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، يعتبر عيباً غائباً ومقصوداً في آن واحد.

(١) الأستاذ الدكتور/أحمد كمال أبو المجد -الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري- مكتبة النهضة العربية ١٩٦٠ -طبع ص ٥٩٢.

واعتباره عيبا غائيا. مؤداء مجاوزة السلطة التشريعية قصدا لأغراض يضعها الدستور. ومن ثم كان عيبا مقصودا يرتبط بحقيقة الأغراض التي توختها فعلا. كذلك فإن النظر إلى سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا، مؤداء ألا تخوض فيه جهة الرقابة على الدستورية إلا إذا خلا القانون المطعون فيه من صور العول جميعها التي ترد في ضابطها للعام إلى الأوضاع الشكالية والشروط الموضوعية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية.

فإذا قام واحد منها، كان ذلك كافيا لنقض القانون^(١). ذلك أن اتهام السلطة التشريعية بسوء استعمال سلطتها أمر جد خطير يفاخر خطأها في فهم الدستور. ويتعين بالتالي أن يوجب القول بانحرافها في استعمال سلطتها بخطر كبير من الحر، لا لأن السلطة التشريعية فوق الدستور، إذ هي دونه يتيقن، وإنما لأن من المفترض فيها أن تعمل وفق أحكامه، وعلى ضوء الأغراض التي يتغياها، فلا تنقضها بما يجعل نواياها عينا على الدستور.

(١) فإذا طارد المشرع خصوم الحكومة بالنظر إلى مضمون الآراء التي يحررون بها عن مناقضتهم لها، كان ذلك إخلالا بحرية التعبير بنظام الحرقتها في استعمال السلطة.

المبحث الثاني عشر

إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد

٩٥٠- وتزرع السلطة التشريعية بحريتها في التقدير، لا يناقض إمكان تحرفها في استعمال سلطتها. ذلك أن للتقدير غير التحكم، وللتدخل غير التسلط.

فالتقدير مفاضلة بين بدائل يفترض فيها جميعها أنها وسائل مشروعة لتنظيم موضوع معين، وأن المشرع اختار أنسبها لهذا التنظيم، وأحراها بتحقيق أكثر المصالح العامة تقيلاً.

ومن ثم كان تنظيم المشرع مسائل بعينها، غير مقصود بالنظر إلى ذواتها، وإنما لتحقيق المصلحة التي يستهدفها المشرع، بفترض اتصالها بتحقيق وجه من أوجه الخير العام.

فلا تكون الوسائل غير بدائل منطقية لتحقيق أغراض بذواتها تنفيهاها، ولا تكون المشروعية إلا وصفا جامعاً بين الوسائل وأهدافها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكمل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، وأن كل تنظيم للحقوق لا يجوز أن يصل في منتهاه إلى إهدار الحقوق التي تتلوها، ولا أن يرقى محتواها بقيود لا تكفل فعاليتها^(١).

٩٥١- إذ كان ما تقدم، فقد تعين إهدار القول بأن السلطة التقديرية للمشرع جوهرها الإطلاق. ذلك أن هذا مشروعية الوسائل التي يعتمد المشرع عليها في مباشرة هذه السلطة، ومشروعية الأغراض التي تتوخاها هذه الوسائل، وإتمام صلة منطقية بين هذه الوسائل وتلك الأغراض.

فإذا اختار المشرع من بين الوسائل التي يفاضل بينها، ما هو غير مشروع أصلاً كمصادرة آراء والنظر إلى مضمونها، أو كان المشرع قد اتخذ لتحقيق غرض مشروع كحصول الأمن- وسيلة لا جدال في مخالفتها للدستور، كفض الرسائل البريدية بخير إن

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ -القاعدة رقم ١٣/١٢ الجزء الثامن ص ١١٩٩ والقضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق دستورية- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -القاعدة رقم ٢/١٠٣- ص ١٣٤٨ من الجزء الثامن، والقضية رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق دستورية- جلسة ١٩٩٦/٥/٤ -القاعدة رقم ٤٣ ص ١٥- ص ٧٤ من الجزء السابع.

قضائي، أو كان هذا البديل أكثر إرهاباً للمخاطبين بالقانون، خرج المشرع في ذلك كله عن حدود سلطته التقديرية

وقد تنظم السلطة التشريعية حق الأشخاص في الاجتماع -وهو تنظيم مشروع أصلاً- وتختار لإجراء هذا التنظيم وسائل منطقية غير مخالفة للمستور بقصد تحقيق أغراض لا يتسامح فيها، كمطاردة بعض الخصوم وتقيهم، وعندئذ يكون خروج المشرع على حدود وظيفته وإساءته استعمال سلطتها، ثلثاً يقبها.

ويتعين بالتالي التمييز بين أغراض مشروعة تستهدفها السلطة التشريعية. وهذه لا شأن للجهة القضائية بها، وبين أغراض لا يألن الدستور بها، ولكن السلطة التشريعية قلنتها بتشريعاتها انحرافاً منها عن الحدود المنطقية لولايتها.

المبحث الثالث عشر

إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية

٩٥٢- تكور إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وجودا وعدما- مع حقيقة الأغراض التي تستهدفها فيما تفرع من القواعد القانونية. فما كان منها كافلا الغرض المخصص المحدد بنص الدستور، استقام في منطق الشرعية الدستورية. فإذا لم يحدد الدستور ثمة غرض من هذا القبيل، ولكن المشرع جاوز حدود المصلحة العامة بمفهومها الأشمل، فإن تشريعه يكون باطلا لخروجه على الوظيفة التشريعية التي يقوم المشرع أصلا عليها.

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى إساءة استعمال السلطة لا على ضوء سياسة ثابتة تنتهجها السلطة التشريعية بوجه عام ككثيها سياسة التحامل ضد عرق معين، وإنما وفق كل قانون على حدة، إذ يؤخذ هذا القانون وحده، وينظر إلى الأغراض التي وجهته وحددت محتواها. وهذه الأغراض وحدها التي قصد المشرع إلى تحقيقها، هي التي نقت عندنا في مجال الفصل في سوء استعمال السلطة.

ومن ثم تتصل هذه الأغراض بالنوايا التي أبطنها المشرع، وعبر عنها من خلال النصوص القانونية التي أقرها في شأن موضوع محدد قصد إلى تنظيمه. ولأن هذه النوايا تتصل بالإرادة الباطنة، ولما يصح المشرع عنها، فإن الدليل عليها، لا يقوم (إلا من مظاهر خارجية تشهد بها وتفضي إليها. ويندرج تحتها القرائن الظرفية التي تدل عليها حتى ما كان منها سابقا على إعداد النصوص القانونية المطعون عليها بمجاوزة السلطة، بشرط أن تدل الأوضاع السابقة على إقرارها، على الخلفية التي حددت لهذه النصوص وجهتها، أو على الأقل على الجو العام الذي أحاط بها وألهمها حقيقة مضمونها.

ولا يجوز من ناحية أخرى الخلط بين مفهوم إساءة استعمال السلطة، وبين عدول المشرع على حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال تنظيمها. ذلك أن الدستور إذ يعهد إلى المشرع بتنظيم موضوع معين، فإنه لا يتحول المشرع أكثر من بيان الحدود المنطقية التي يمارس المواطنون فيها حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور. فإذا نقول المشرع عليها سواء بإصدارها أو باندقاصها من أطرافها، جاوز بذلك حدود سلطته في تنظيمها. وفي ذلك مخالفة مباشرة لنصوص الدستور.

يؤيد ذلك أن هذه المخالفة المباشرة لنصوص الدستور تتحقق، ولو لم يكن المشرع حين أقر النصوص القانونية المعيبة سيئ النية، بل كان خطؤه راجعا إلى عدم فهمه لنصوص الدستور على صحيح وجهها.

ولئن كان الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن هذه السلطة حتما قواعد الدستور التي لا تجبر الحدوث على حقوق المواطنين وحرياتهم التي كفلها سواء من خلال عدم نواتها أو الحد من نطاق الانتفاع بها.

وسواء كان الانتقاص من الحرية أو الحق جسما لم كان محدودا، فإن هذا الانتقاص حدوث على العمدة التي تصورها الدستور وكفلها لهذا الحق أو لتلك الحرية. وهذه الحماية هي التي يحرص الدستور عليها ليحلى حقوق المواطنين وحرياتهم قيمتها الحقيقية.

٩٥٣- بيد أن تنظيم المشرع للحق أو الحرية قد يوقعه في حماة سوء استعمال السلطة، إذا توخى المشرع من هذا التنظيم تحقيق غرض غير مشروع. وهو غرض يتعين أن يكون قد تصده، وأن يدل على سوء نواياه.

وحتى لو أبس المشرع قانونا أقره ثوبا من المصلحة العامة، فإن إغواءه الأخرض الحقيقية التي توخاها، لا يجوز أن يحول دون تحريرا، فيبطل القانون بقدر خروجه على الأخرض التي يلتصقها الدستور. وهو ما يتحقق على الأغص من خلال القوانين التي تقرها السلطة التشريعية في شكل قواعد مجردة تنشر نطقها بأشخاص بذواتهم تصد في الدستور بهم أو تتوخى منهم مزايا لا يستحقونها.

ولئن كان من المفروض في السلطة التشريعية هو تجردها ونزاعتها، وطوعا بالقائي على الصفات التي تكفلها إليها الأهواء الشخصية ميلا أو خسفة، إلا أن هذه الأهواء قد تحرفها عن رسالتها وتوجه وظيقتها إلى غير الأخرض التي يقتضها الدستور منها، ليستبط بالقائي لقراض مطابقتها للدستور.

٩٥٤- ولأن مهالوة السلطة يتصل في الأعم بالنوايا التي أضمرها المشرع وحدد على ضوئها مضمون النصوص القانونية المطعون عليها، وكان التحقق من هذه النوايا من الصعوبة بمكان، وكان المشرع لما يطن عن نواياه الحقيقية التي غلبها بالنصوص القانونية الظاهرة صحتها، إلا أن تسقها بظل ولجها على الجهة القضائية يلزمها ببلوغ غاية الأمر بشأنها. ويقوم واجبا في ذلك لا من خلال النظر في ظاهر هذه النصوص -إذ القرض أن المشرع لغى نواياه الحقيقية بشأنها وأبسا غير ثوبها أدال على حقيقة وجهتها- وإنما عن طريق النظر في كافة الأوضاع التي لا يستما ما كان منها سابقا عليها، أو معاصرا لظفها، وما اتصل بها من حوار دلفل السلطة التشريعية ذاتها بالرجوع إلى مضابطها، وما استظم من كافة اللقائن التي تنشئ بنوايا المشرع التي لأطنها.

ويتحقق ذلك على الأخص بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص المطعون عليها، مصحوبة بالأغراض السياسية الانتخابية التي تبنتها الأغلبية البرلمانية وقت إقرارها لها^(١)، والعجلة المريبة في تمريرها، والهدف على سرعة إصدارها، وأقوال المسؤولين الذين يبررونها بها، وبطريقة تنفيذه، وغير ذلك من ظروف الحال التي تكل على حقيقة وجهتها.

وقد يؤكد تداعي الأحداث، أن المشرع خلط الأغراض المخالفة للمستور بأغراض ظاهرها الصحة، ليحقق خفية بالنصوص القانونية التي أقرها، ما عجز علانية عن إنفاذه.

وإذا عمد المشرع إلى انتهاج سياسة بعيدها في نطاق قوانين بتعاقب أقرها لتنظيم موضوع معين، لتحيط هذه السياسة بتلك القوانين جميعها بما يجمعها خارجة من رحمها وموصومة بها في كل حلقاتها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن تنظيم العلاقة التجارية -بالصحيفة التي أفرغ للنص المطعون عليه فيها- ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمدا طويلا في إطار من مفاهيم جائزة يستحيل تبريرها منطقيا، ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها. وكان ذلك بكل المقاييس ظلما فادحا لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجعون عليهم مصالحهم، مكتثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها حدود الضرورة التي ألمتها^(٢).

(١) انظر في ذلك النزعة السياسية الانتخابية للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ المحل للمادة ١٢١ من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والذي ألقى بكثير من أساتذة الجامعة في عرض الطريق.

(٢) القضية رقم ١٤٩ لسنة ٨ فضائية -دستورية- جلسة ١٥/١١/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٥- من ٩٤٩ وما بعدها من الجزء الثاني.

المبحث الرابع عشرالأهمية الحقيقية لعيب إساءة استعمال السلطة

١٩٥٥- لأن قررت المحكمة الدستورية العليا - والمحكمة العليا من قبلها- بأن النصوص القانونية يجوز تبويبها بإساءة استعمال السلطة، إلا أن الطبيعة الاحتياطية لهذا المطن، نكثل كثيرا من أهميته العملية. وهو ما يظهر على الأخص من ناحيتين:

أولاهما: أن المخالفة المباشرة للنصوص الدستور، سواء من جهة مجاوزة الأوضاع الشكلية التي فرضها الدستور على المشرع فيما يقره من القوانين، أو من جهة تفاق مضمونها، ومضمون نصوص الدستور، تتقدم دوما الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستلهمها المشرع فيما يقره من القوانين.

ثانيتها: أن دائرة سوء استعمال السلطة كثيرا ما تتداخل مع دائرة المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية الواردة في الدستور، بما يجمعهما ببعض في أن واحد، ليكون القانون - في مضمونه- مخالفا للدستور ومشوبا في الوقت ذاته بسوء استعمال السلطة.

فالقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعبير بقصد مطاردة خصوم سياسيين، تعتبر مخالفة للدستور من جهة إخلالها بحرية التعبير التي كفلها الدستور، وكذلك من جهة توحيها لفرض غير مشروع. مثلاً في ذلك مثل القيود التي يرفق بها حرية الاجتماع بقصد حرمان فئة من المواطنين من ولوج لاجتماع معين أو لإرهابهم حتى لا يدخلوه.

ذلك أن هذه القيود تتلصق الدستور من جهة مساسها بجوهر هذه الحرية وانقاصها لها من أطرافها. وهي كذلك مخالفة للدستور من جهة أن السلطة التي أقرتها خالطها غرض غير مشروع تحدثت به بواعثها في تنظيم هذه الحرية.

وكذلك الأمر في شأن كل حق أو حرية ينظمها الدستور إذا اختلط فيها الحوان على أيهما، بغرض غير مشروع.

وحتى في الأحوال التي تخرج فيها السلطة التشريعية على وظائفها خروجا فاضحاً كاتهامها بعض السياسيين بمقاومة الثورة أو العمل على خلاف مبادئها، وإقرارها لقانون يعاقبهم على هذه الأفعال، ولو لم يكن الجزاء عليها جذلياً؛ فإن هذا القانون - وإن توجه لتحقيق أغراض لا يحميها الدستور - إلا أنه يعتبر مخالفاً لمادة ٦٦ من الدستور التي تحظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، ولو لم تكن هذه العقوبة من طبيعة جنائية، بل جزء لا يتوافر فيه خصائصها.

ومن ثم تتقدم هذه المخالفة، سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتصدق هذه الملاحظة كذلك إذا صدر قانون اتخذ شكل قواعد مجردة في الوقت الذي تنصرف فيه هذه القواعد إلى أشخاص معينين بذواتهم قصد المشرع إفادتهم أو غطت حق لهم من خلال النصوص القانونية التي أقرها في صورة مجردة .

ذلك أن صدور القانون على هذا النحو، ينطوي على مخالفة مباشرة لنص المادة ٦٨ من الدستور^(١) وهي مخالفة تكفي وحدها لإبطاله، ولو كانت الأغراض التي لا يسته وأثرت في تكوينه، مخالفة للدستور^(٢).

وبيعن القول بالتالي بأن نصوص القانون المطعون عليها بمجاوزة السلطة، والتي يشوبها خروج مباشر على نص في الدستور شكليا كان أو موضوعيا- لازمها أن تتقدم المخالفة المباشرة لهذا النص، الفصل في إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها.

فالقانون الذي يجيز مصادرة الصحف التي تمس بهيبة أو باعتبار بعض المسؤولين في مجال انتقاد طريقة أدائهم للعمل العام، يناقض بصورة مباشرة حرية التعبير التي كفل الدستور أصلها، ويكتسي كذلك بغرض غير مشروع ، إذ لا صلة لهذه المصادرة بأمر يتصل بالسلامة العامة أو بالأمن القومي وهما غرضان حددتهما المادة ٤٨ من الدستور لجواز فرض رقابة محدودة على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام عند إعلان حالة الطوارئ أو في زمن الحرب، ولكن المخالفة المباشرة لحرية التعبير، تتقدم بالضرورة مجاوزة السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتكفل المشرع في وسائل البحث العلمي أو في أعمال الإبداع بما يرهقها، غرض غير مشروع. بيد أن هذا التدخل يستحيل أن يتحقق بغير الإخلال بحق المواطنين في المباشرة الحرة لبحوثهم العلمية أو لأعمال الإبداع على اختلافها. وتلك مخالفة مباشرة لنص المادة ٤٨ من الدستور تتقدم بالضرورة إساءة استعمال السلطة.

(١) ولقا نص المادة ٨٦ يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع. والتشريع هو للقواعد المجردة حقيقة لا شكلا.

(٢) تنص المادة ٦٨ من الدستور على أن يتولى مجلس الشعب اختصاص إقرار القوانين واللوائح التي تشير إليها هذه المادة هي التي تفرع أحكامها في شكل نصوص قانونية تنقسم بالسمية والتجرد فإذا أقر مجلس الشعب قانونا في شكل قواعد مجردة ثم ظهر أن حالة بذاتها أو شخصا بعينه هو المقصود بهذا القانون، فإن ذلك القانون يكون مخالفا بصورة مباشرة لحكم هذه المادة.

وإبعاد مواطن عن وطنه يناقض مباشرة نص المادة ٥١ من الدستور. فإذا كان الغرض من الإبعاد هو طرده حتى لا يؤثر لقلال في وجه الدولة، كان قرار الإبعاد مخالفا في آن واحد لنص المادة ٥١ من الدستور، ومتشحا كذلك بغير غرض المشرع لا يتقدم المخالفة المباشرة لنص الدستور وإنما يأتي بعد الفصل فيها.

وتعليق حق المواطنين في الإجتماع على ترخيص، يناقض مباشرة نص المادة ٥٤ من الدستور، فإذا كان اشتراط الترخيص السابق على الاجتماع يتوخى أن تكون الدولة به أو أن ترفض عقده على ضوء موقفها من المجتمعين، وما إذا كانوا يعارضونها أو يسبحون بحمدها، فإن مصادرة المشرع للحق في الاجتماع، يكون كذلك مشويا بغير مشروع يتأخر بالضرورة عن المخالفة المباشرة لنص المادة ٥٤ من الدستور.

وقس على ذلك كافة الحقوق والحريات التي يقيد بها المشرع بالمخالفة للدستور وبما يناقض الاعراض التي يتوخاها.

الفصل السابع

الرقابة الدستورية على أعمال المشرع وتنظيم الجوانب الكاملة

الحقوق المواطنين وحرياتهم

٩٥٦- تثار قضية كبرى حول ما إذا كان اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية النصوص القانونية ينحصر في النصوص التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين؛ أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للحق أو الحرية بدونها.

وتبدو أهمية هذه القضية وخطورتها من ناحيتين:

أولاهما: أن كل مخالفة للدستور، سواء تعدها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها.

ثانيهما: أن الدستور بكل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية، وليس من معطياتها النظرية. وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكتفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطا للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور لطافا فاعلا لها.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات.

وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلا لتفصها في مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية.

فإذا نظمها المشرع تنظيما قاصرا، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالا بضمانتها التي هيأها الدستور لها. وفي ذلك مخالفة للدستور.

٩٥٧- فحق الاقتراع المخلول لكل مواطن، مؤداه أن يكون لصوته للقيمة ذاتها التي منحها المشرع لغيره من المواطنين؛ وأن تنهياً لكل مواطن مكنة حقيقة بفاضل من خلالها بين المرشحين المترشحين على المقاعد التمثيلية؛ وأن ينظم المشرع زمن، ومكان الحملة الانتخابية وكيفية مباشرتها؛ بما يكتل حينتها وإتصافها؛ وأن يحيطها بكل ضمانات تعزز مصداقيتها؛ وأن يكتل كذلك المترشحين عليها حقوقاً يتساوون بها في فرص الفوز بمقاعد، وعلى الأخص

من خلال تنظيم حدود الأموال التي تتكفّل فيها، وبيان مصادرها وأوجه إنفاقها، وألا يقسم المشرع للدوائر الانتخابية على نحو يكتل تمزيق أصوات المعارضين وتشتيتها.

وقد يتصور البعض أن إشتمال التنظيم القانوني لحق الاقتراع، على كافة النقاط السابق بيانها، يجعل هذا التنظيم متكاملًا، وذلكا عن مخالفة الدستور.

بيد أن هذا النظر يحثره قصور يحصل في أن الحملة الانتخابية قد تتحول لنتائجها من وجهين على الأخص:

أولهما: أن اشتراط الإشراف القضائي على عملية الاقتراع عملا بنص المادة ٨٨ من الدستور، لا يقتصر على مرحلة إدلاء الناخبين بأصواتهم في صناديق الاقتراع.

ذلك أن الحملة الانتخابية كما تقصد نتائجها من خلال تزوير الأصوات التي أُلقي بها فيها، فإن الناخبين قد يتعرضون قبل توجههم إلى صناديق الاقتراع لأكوار من الضغوط يرزحون تحتها مما يخل بحيديتها. وهو ما يتحقق إذا لم ينسبط الإشراف القضائي على كافة مراحل العملية الانتخابية بدءاً من التقيّد في الجداول الانتخابية، ومروراً بطريق وصول الناخبين إلى صناديق الاقتراع، وانتهاء بمرحلة إدلائهم بأصواتهم في هذه الصناديق، ليحيط الإشراف القضائي بالعملية الانتخابية في كافة مراحلها.

ثانيهما: أن الصفة التي يدخل بها المرشحون في الحملة الانتخابية لا يجوز لهم تغييرها بعد فوزهم بالمقاعد النيابية. ذلك أن صفتهم هذه هي التي دخلوا في صراع الحملة الانتخابية على أساسها، وهي التي كانت محل اعتبار للناخبين في تحديد وجهة أصواتهم، وما كان المرشحون بالتالي ليحصلوا على مقاعدهم النيابية، لو كانت لهم صفة غيرها. ويزيد الأمر سوءاً ما نراه من أن تغيير المرشحين لصفاتهم التي رشحوا على أساسها، لم يكن في كثير من الأحيان عملاً فردياً بل تصرفاً من كثيرين منهم قصدوا به تحقيق مغنم يلتصقون بها. وهي مغنم لا شأن لها بآراء جديدة آمنوا بصحتها وغيروا عقيدتهم للدخول فيها.

ومن ذلك ماشهدناه في الحملة الانتخابية الأخيرة من أن كثيرين رشحوا أنفسهم بوصفهم مستقلين عن السلطة الحاكمة وحزبها المهيمن، حتى إذا ما فازوا في الحملة الانتخابية، انقلبوا على أعقابهم، وانضموا إلى حزبها سعياً وراء مغنم يتوقعونها من وراء هذا الانضمام -وليس إيماناً منهم بمبادئ- غير عابئين بأن تغييرهم لهويتهم، هو تحوير لإرادة الناخبين التي أعطتهم نفعها بوصفهم مستقلين، وصرفها إلى غير وجهتها الحقيقية. فلا يكون

علمهم غير تزوير لهذه الإرادة يمثل من كل الوجوه إبدال الأصوات الصحيحة بغيرها أو إسقاطها كلية.

وعدم جواز تغيير الفائز في الحملة الانتخابية للصفة التي انتخب على أساسها، هي القاعدة، سواء كان للتغيير من مستقل إلى حزبي أو من حزب إلى آخر. ذلك أن الذين يدخلون في العملية الانتخابية بناء على صفة بذاتها كانت محل اعتبار للناخبين وقت إدلائهم بأصواتهم لصالحهم، يفترض فيهم أن يحتفظوا بهذه الصفة التي أدخلها الناخبون في اعتبارهم وقت انتخابهم، فإذا غيروها فيما بين جولتين انتخابيتين، صار انتخابهم بلا معنى^(١).

By standing for election under given party labels, candidates are in effect committing themselves to the support of those parties for the term of office. If that were not so, the use of the vote to choose between different programmers and political tendencies would be rendered meaningless.

وفترض اكتمال التنظيم القانوني لحق الاقتراع، أن يشتمل على كافة النصوص التي تمنع تعوير إرادة الناخبين، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. فإذا خلا هذا للتنظيم من تلك النصوص، كان قاصرا فيما لم يشتمل عليه منها، وتعين اعتبار هذا القصور إغفالا تشريعا مخالفا للدستور، شأن هذا الإغفال في ذلك شأن كل خروج على الدستور، سواء كان مقصودا من المشرع، أم كان مرده إلى سوء فهمه لأحكامه.

كذلك يفترض ضمان الدستور لحق الدفاع أن يكون فعالا. ويقع بالتالي مخالفا للدستور كل تنظيم قانوني لهذا الحق، إذا خلا من النصوص القانونية التي تكفل اتصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الاتهام التي أعقبتها وحتى الفصل فيه.

وهي ضمانات تشمل كذلك إمكان الطعن في الحكم الصادر في الاتهام، وضرورة تمكين المتهم ومحاميه من الفرص الكاملة التي يعد فيها الدفاع، بما في ذلك ضرورة الإفراج عن المتهم سريلا بكفالة غير مغالية فيها- إذا كان هذا الإفراج مبررا كأن يكون لازما لتحضير وثائق تدحض التهمة وتفتيها.

بل إن حق الدفاع يحتل كذلك في كل محاكمة مختصر المشرع إجراءاتها، أو لم يكفل علانية جلساتها، أو لم يحط حقوق المتهم فيها بضوابط يوازن بها الحقوق التي كفلها لسلطة

(١) David Beethan and Kevin Boyle, Introducing democracy. UNESCO Publishing 1995. p.59

الاتهام، كأن يخل بشرط مواجهة المتهم لشهود النيابة، أو بحق المتهم في أن يحصل على شهوده الذين ينفون الاتهام ويقارعون النيابة في أدلتها.

وإغفال النصوص القانونية لشيء مما تقدم، هو إخلال بضمانة الدفاع ذاتها التي كفلها الدستور. ويتعين أن يكون الجزاء على هذا الإغفال، هو عين الجزاء المقرر على الحوان على حق الدفاع بنص قانوني مباشر.

ذلك أن ضمان الدستور لحق الدفاع - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لمبدأة القائلون، كإلزام الخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمها، ويلتزم تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نأذا الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود. فلا يكون بينين الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم، بل مكافئاً بينهم في مجال إثباتها أو نفيها، استظهاراً لكل حقائقها، واتصالاً بكلفة عناصرها^(١).

٩٥٨- وما تنص عليه المادتان ٣٥ و ٣٤ من الدستور من عدم جواز لرض الحراسة على الملكية الخاصة، ومن حظر نزع ملكيتها أو تأميمها بغير تعويض عادل، مؤداه أن الأصل في الملكية هو أن تظل لأصحابها، وألا تفرض قيود عليها لا تقتضيها وظيفتها الاجتماعية؛ وألا ينال المشرع بالتالي من أصلها أو يجردها من لوازمها إلا وفق الشروط والأوضاع التي ينص عليها الدستور والقانون، وألا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية يستأثرون من خلالها بشمارها أو ملحقاتها أو منتجياتها، إضراراً بأصحابها الذين ظل ملد ملكيتها بأيديهم، كالاستيلاء على الملكية الخاصة بصورة ممتدة تحيلها أعجاز نخل خاوية. ذلك أن الملكية هي المزاي التي تنتجها. فإذا انقض المشرع عليها، أحالها صريماً، سواء كان عنوانه عليها بنص تشريعي مباشر، أو بإغفال تقرير ضماناتها التي كفلها الدستور لها.

٩٥٩- وتنظيم الدستور للحق في التقاضي، يفترض ليس فقط حق النفاذ إلى المحاكم على اختلافها بوسائل ميسرة ودون عوائق إجرائية، وليس فقط تقرير كل ضمانة قضائية بتقضيها الفصل بصورة منصفة في حقوق الأفراد والتزاماتهم المدنية، وكذلك فيما يوجه إليهم من اتهام جنائي، وإنما يتعين كذلك أن تتوفر حلقتان أخريان لا يكتمل بدونهما حق التقاضي.

(١) القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩٨/٣/٧ - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - ملأ عدد رقم ١٣٣ - ص ١١٠٧ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة

أولاهما: أن تكون المحصلة النهائية للنزاع، إلى ترضية قضائية توافق الدستور والقانون، وتضع حدا نهائيا للحدود على حقوق الأفراد وحررياتهم التي وقع الإخلال بها.

ثانيتهما: أن تقتصر هذه الترضية بالحمل على تنفيذها جبرا، واقتضائها بقوة السلطة من الملمزين بها، إذا لم يقبلوا بها طواعية ولختيارا.

وإغفال المشرع تقرير النصوص القانونية التي يكتمل بها حق التقاضي، والتي يصل هذا الحق في كنفها إلى كامل مداه، هو عدوان على ذلك الحق لا يقل سوءا عن النصوص القانونية التي يقرها ليجرد الحقوق التي ينظمها من مضامينها ويحلها إلى فراغ عقيم.

٩٦٠- وضمان الدستور للحرية للشخصية في إطار دولة القانون، ووفق المفاهيم الديمقراطية، يفترض شخصية المسؤولية الجنائية وشخصية العقوبة، وألا يبتدع القاضي عقوبة بطريق القياس، وألا يجعل المشرع أشخاصا بذواتهم مسئولين عن فعل أو لفعل لا شأن لهم بها، وألا يتخذ من القرائن القانونية التحكيمية، سبيلا إلى إعفاء النيابة من ثبات ركن في الجريمة لاتقوم إلا به، أو من توافر أحد الظروف المشددة لعقوبتها، وألا يقرر المشرع جزاء جنائيا رجحيا. وألا يعطل سريان قانون أصلح للمتهم منذ صدوره، ولو لم يكن وقت العمل به، وألا يقيد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية الملمية؛ وألا يعاقب على الفعل الواحد أكثر من مرة؛ وألا يفرض عقوبة من شأنها الحط من قدر الإنسان سواء بالنظر إلى قسوتها أو إلى منافاتها للقيم الخلقية؛ وألا يحدد عقوبة الجريمة بما يفقدها تناسبا معها، وألا يغفل كذلك بحق الدفاع، أو يؤثر بوجه عام في الشروط الموضوعية والإجرائية التي تتوافر بها لكل محاكمة منصفة، متطلباتها حتى لا تخطل موازينها^(١).

فإذا أغفل المشرع في دائرة الجريمة والعقاب، شيئا مما تقدم، أخل هذا القانون بنطاق الضمانة التي أحاط بها الدستور الحرية الشخصية التي ارتقى بها إلى حد وصفها بأنها من الحقوق الطبيعية، وصار ذلك القانون بالتالي مخالفا للدستور، وباطلا^(٢).

(١) يلاحظ أن لبعض العقوبات -عقوبة الإعدام- تنظيم خاص بالنظر إلى خطورتها، كلن يصدر الحكم بفرضها بالإجماع، وبعد التحقق من عدم توافر ظرف يقلل الجريمة ويخفف عقوبتها، وبشرط أن يصدر الحكم بتوقيعها في إطار من الضمانات التضامنية الكاملة، وأن يحرض هذا الحكم على محكمة ملطن بقوة القانون، فإذا سما المشرع عن شيء مما تقدم، كان ذلك إغفالا مخالفا للدستور.

(٢) يفترض هذا الإغفل، أن يكون الدستور قد سكت عن إيراد النصوص القانونية التي تمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السلمية، ذلك أن إيراد هذه النصوص فيه، يغني بدهاءة عن إيجاب اشتمال القانون المنظم للحرية الشخصية، عليها.

٩٦١- وما ينص عليه الدستور من أن الأسرة هي الوحدة الأولى والأساسية في بنيان الجماعة، يفترض ضمان الدستور للحق في تكوينها؛ ولحق كل شخص في أن يختار بزوجته الحرة الطرف الآخر في العلاقة الزوجية، وفي أن يتخذ ولداً؛ وأن يلحق أبناءه بالمعاهد التعليمية التي يراها أولى لتفريقهم؛ وللحق في تربيتهم خلقياً ودينياً؛ وللحق في ضمان تربط الأسرة وتماسكها على امتداد مراحل بقائها؛ وللحق في النفاذ إلى الوسائل الملائمة لإعالتها. فإذا نقض قانون أحد هذه الحقوق، أو لم يحفل بضمائنها، صار هذا القانون مخالفاً للدستور، سواء فيما نص عليه أو فيما أغضه.

٩٦٢- وما ينص عليه الدستور من ضمنى حرية التعبير، يفترض ألا تتأق وسائل مباشرتها، وأن تتعدد طرائق التعبير؛ وأن تكرر الأفاق المفتوحة هي نافذتها؛ وألا تكون الحدود الإقليمية حاجزاً يحول دونها؛ وأن تقتصر بالحق في نشر الآراء على اختلافها؛ وبالحق في انتقاد القائمين بالعمل العام ولو كان مريراً؛ وبالحق في الحصول على المعلومات من كافة روافدها، وفي مقابلة الآراء ببعضها؛ وفي ألا تصدر الرسالة التعبيرية بالنظر إلى مضمونها ولا على ضوء صفة من يفصحون عنها أو يتلقونها أو يروجونها؛ وفي ألا يكون الإعلام قائماً على الاحتكار، وإنما ينبغي أن تكون سوقه مفتوحة لمن يريد أن يطرقها. فإذا نقض قانون هذه الأبعاد المختلفة لحرية التعبير أو حط من بعضها أو أحبط أثرها، أو أهمل تقرير بعض جوانبها، كان هذا القانون باطلاً ومخالفاً للدستور سواء فيما انتقص به من ضماناتها أو ما أغفل تقريره من الحدود اللازمة لتفعيلها.

٩٦٣- تلك صور مختلفة لتصور المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحيرياتهم، سواء في ذلك تلك التي كفلها للدستور أو التي قررها المشرع في حدود سلطته التقديرية. وجميعها تؤكد أن حقوق المواطنين وحيرياتهم لا يجوز تنظيمها بما لا يحيط بها. لذلك عدول عليها وامتهان لها لا يسلبيها القيمة الحقيقية التي تكفل فعاليتها.

٩٦٤- وما تقرره في هذا المقام ليس مذاهب تحكم العقل، وإنما هو تفعيل لكل ضمانة كفلها للدستور أو المشرع للحقوق التي نص عليها.

فلا تفصيل هذه الضمانة عن الحقوق التي تتصل بها، وإنما تحيط بها من كل جوانبها، لتتبعها لها فرائض وجودها، وبما يكفل لهذه الحقوق متطلباتها، فلا تهم في فراغ، ولا تتعذر أو تنقص الفائدة العملية المرجوة منها، وكان منطقياً بالتالي أن تتدخل المحكمة الدستورية العليا

في كثير من أحكامها^(١) لتؤكد أن الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم، لازمها إن يحيط المشرع -في تنظيمه لها- بكافة جوانبها. فإذا كان تنظيمه لها قاصراً سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها، أخل هذا القصور -في الحالتين- بالحماية الواجبة لها، وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها. فلا يكون هذا القصور سواء أساسها في نواتها Nucleus^(٢) أو في بعض جوانبها، غير إخلال جسيم بها تفقد به تكاملها وتربط أجزائها.

وكما يهطل كل نص قانوني جاوز به المشرع حدود الدستور سواء في أوله أو نواحيه، فإن الرقابة القضائية على قصور التكليم التشريعي -أو رقابة الإغفال- هي التي تصل المشرع على أن يكون تنظيمه لحقوق المواطنين وحرياتهم في الصورة الأولى لها، فلا تعد عاجزة عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها وه من جراء تنظيم غير متكامل لا يملو كل أجزائها.

(١) انظر في ذلك التسمية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٦٩ لائحة دستورية- الصادر حكماً عن المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة في ١٩٨٨/٣/٧. فقد قضى بمطويع هذا الحكم، بعدم دستورية نص للفترة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون تنظيم هيئة لعضاء الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال عضو هذه الهيئة في مرحلة التحقيق. وقام قضاء المحكمة في ذلك، على أن إخلال أحد أعضاء هيئة لعضاء الدولة باللقطة والإحتكار الواجب لهما، أو بولجيات وظيفته ومقتضياتها، يعتبر ذنباً إدارياً مؤلفاً عليه قانوناً. وإنشده إليه ينبغي أن يكون مسبقاً بتحقيق متكامل لا يقتصر على بعض عناصر الاتهام، بل يحيط بها جميعها، ويضمن أدلتها مع ضمان الفرص الكافية التي تقتضيها سماع أقوال العضو المعال إلى التحقيق، فلا يكون التحقيق مبسراً أو مجرداً من ضمان موضوعية، بل وإلزامية. وهذه الحيلة التي قام عليها قضاء الحكم المتقدم، تدل على أن إخلال المشرع بقرير ضمانة كفلها الدستور، باسم بالمطلان النصوص القانونية التي تنقص بها من مطلبات هذه الضمانة. هذا وقد نشر هذا الحكم في ص ١٠٣، وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة بعد أن سقط سهواً من الجزء الثامن من هذه المجموعة.

(٢) بواء الحق شبيهه بيزرة الضوء التي يروب وجود الحق بتسلفيتها.

١	تقديم
٨	الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية
٨	تمهيد

﴿ الكتاب الأول ﴾

٧٠	الأسس العامة للرقابة على الشرعية الدستورية	
	*** الباب الأول ***	
٧٠	الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية	
	♦♦ الفصل الأول ♦♦	
٧٠	الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعيتها	
	♦♦ الفصل الثاني ♦♦	
٧٦	الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور	
	♦♦ الفصل الثالث ♦♦	
٨٤	بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها	
٨٥	: أصل ترتد إليه الفروع التي يجمعها.	• المبحث الأول
٩٠	: الفروع يجمعها أصل واحد.	• المبحث الثاني
٩٢	: نصوص في الدستور ترشح لحقوق لاص عليها فيه.	• المبحث الثالث
	♦♦ الفصل الرابع ♦♦	
٩٤	الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها	
	♦♦ الفصل الخامس ♦♦	
١١١	الرقابة القضائية على الدستورية: مقترضاها	
١١٠	: الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية.	• المبحث الأول
١١١	: الدول الشمولية.	- المطلب الأول
١١٢	: الدول السلطوية.	- المطلب الثاني
١١٤	: أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي.	- المطلب الثالث
١١٤	: النظم الديمقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية.	- المطلب الرابع
١١٦	: نقطة ابتدائية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين	• المبحث الثاني

- ١٢٢ : الإطار الذي تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية. • المبحث الثالث
- ١٣٧ : نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية. • المبحث الرابع
- ١٤٩ • الفصل السادس •
الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية
- ١٦٥ • الفصل السابع •
الرقابة للقضائية على الدستورية: المطاعن التي تتعلق بها
- ١٦٥ : خصائص القيود التي يتطلبها الدستور. • المبحث الأول
- ١٦٦ : الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية. • المبحث الثاني
- ١٦٩ : ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية. • المبحث الثالث
- ١٧١ : النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية. • المبحث الرابع
- ١٧٤ : الحجة المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً. • المبحث الخامس
- الفصل الثامن •
١٧٥ : الرقابة القضائية على الدستورية : مؤهلاتها
- ١٧٦ : المبادئ القضائية. • المبحث الأول
- ١٧٩ : مقاصد آباء الدستور. • المبحث الثاني
- ١٨٢ : القانون الطبيعي. • المبحث الثالث
- ١٨٥ : التنظيم المقرر لحقوق الأفراد وحررياتهم. • المبحث الرابع
- ١٨٧ : المصادر العرفية. • المبحث الخامس
- ١٨٨ : دروس التاريخ ومجليات القانون العام. • المبحث السادس
- ١٩٠ : القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها. • المبحث السابع
- ١٩٣ : الخبرة العريضة للقضاة والمفكرين. • المبحث الثامن
- ١٩٦ : حلق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم. • المبحث التاسع
- ١٩٨ : الاهتمام بالأثر الذي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها. • المبحث العاشر
- ٢٠٠ : نصوص الدستور في لئها وترتيبها. • المبحث الحادي عشر
- الفصل التاسع •
٢٠٢ : بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية وتشتتها
- ٢٠٢ : الخلفية التاريخية للمستير المصرية. • المبحث الأول
- ٢٠٥ : الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القبول بها وإنكارها. • المبحث الثاني
- ٢٠٩ : رقابة الاستماع عن تطبيق القانون المناقض للدستور • المبحث الثالث
- ٢١٠ : إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية. • المبحث الرابع
- ٢١١ : بسلط ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها • المبحث الخامس
- ٢١٢ : حدود محكمة الطير والنقد • المبحث السادس

٢١٤	: إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور.	• المبحث السابع
٢١٥	: خصاص بيان المحكمة الدستورية العليا.	• المبحث الثامن
٢١٨	: تنظيم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا.	• المبحث التاسع
٢٢٠	: موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوروبي والأمريكي للرقابة على دستورية القوانين.	• المبحث العاشر
	♦♦ الفصل العاشر ♦♦	
٢٢٣	الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بفروع القانون	
٢٢٣	: الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، وللنصوص القانونية كلفة.	• المبحث الأول
٢٢٦	: الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي.	• المبحث الثاني
٢٢٦	: المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي.	- المطلب الأول
٢٢٧	: غموض النصوص الجنائية وتساؤها.	- المطلب الثاني
٢٢٩	: ضوابط دستورية العقوبة.	- المطلب الثالث
٢٣٨	: في الجريمة المدنية وغير المدنية.	- المطلب الرابع
٢٤٢	: في رجعية القانون الأصلح للمتهم.	- المطلب الخامس
٢٤٦	: الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي.	• المبحث الثالث
٢٤٦	: ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها.	- المطلب الأول
٢٥١	: أصل البراءة.	- المطلب الثاني
٢٥١	: التراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي.	• الفرع الأول
٢٥٣	: تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة.	• الفرع الثاني
٢٥٣	: أحوال لا يجوز أن يلتقي فيها أصل البراءة.	• الفرع الثالث
٢٥٦	: الطبيعة القانونية لأصل البراءة.	• الفرع الرابع
٢٥٧	: ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي.	- المطلب الثالث
٢٦٣	: الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي.	• المبحث الرابع
٢٦٣	: الضريبة أم رواتب القانون المالي.	- المطلب الأول
٢٦٤	: طبيعة القوانين الضريبية.	- المطلب الثاني
٢٦٥	: قانون الضريبة.	- المطلب الثالث
٢٦٧	: التمييز بين الضريبة العلمية وغيرها من الأعباء المالية.	• الفرع الأول
٢٦٩	: خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط العدالة الاجتماعية.	• الفرع الثاني
٢٧٠	: حقيقة الضريبة العامة وصحيح تكليفها.	• الفرع الثالث
٢٧١	: الضريبة من جهة آثارها الأصلية والعرضية.	• الفرع الرابع
٢٧٢	: الضريبة والاستثمار.	• الفرع الخامس
٢٧٣	: الملزمون بالضريبة والمسؤولون عنها.	• الفرع السادس
٢٧٤	: أدائها.	• الفرع السابع

- ٢٧٥ • الفرع الثامن : رجوعها.
- ٢٧٦ • الفرع التاسع : مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها.
- ٢٧٧ • الفرع العاشر : التفويض في فرضها.
- ٢٧٨ • الفرع الحادي عشر : أوجه إنفاذها.
- ٢٨٠ • الفرع الثاني عشر : الضريبة والذكاة.
- ٢٨٠ • الفرع الثالث عشر : ربط للضريبة بالدخل كأصل عام.
- ٢٨٢ • الفرع الرابع عشر : الحالة الاجتماعية كفيد الضريبة وغيرها من الأعباء المالية.
- ٢٨٤ • الفرع الخامس عشر : دستوريته.
- ٢٩٨ • الفرع السادس عشر : الجريمة الضريبية.
- ٣٠٢ • المبحث الخامس : الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري.
- ٣٠٢ - المطلب الأول : مباشرة الإدارة لمسلطتها اللاحقة.
- ٣٠٢ • الفرع الأول : اللوائح التنفيذية.
- ٣٠٣ • الفرع الثاني : اللوائح التفويضية.
- ٣٠٤ • الفرع الثالث : لوائح للضرورة.
- ٣٠٦ - المطلب الثاني : نطاق سريان اللوائح وأثره على لشرعية الدستورية.
- ٣٠٦ • الفرع الأول : القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا.
- ٣٠٨ • الفرع الثاني : امتناع تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية.
- ٣١٠ - المطلب الثالث : سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة.
- ٣١٠ • الفرع الأول : المرافق العامة من حيث ماهيتها.
- ٣١٢ • الفرع الثاني : سلطة المرافق العامة في توقيع الحجز الإداري لاقتضاء حقوقها.
- ٣١٣ • الفرع الثالث : جواز الحجز على أموال للمرافق العامة.
- ٣١٥ • الفرع الرابع : العقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة.
- ٣١٦ • الفرع الخامس : صال المرافق العامة.
- ٣٢٩ • المبحث السادس : اتصال الرقابة القضائية على الدستورية بتطبيق قواعد القانون الدولي العام.
- ٣٣١ - المطلب الأول : المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام.
- ٣٣١ • الفرع الأول : المعاهدة الدولية- مفهومها.
- ٣٣٢ • الفرع الثاني : المعاهدة الدولية- توثيقها الملزمة وضوابط تسييرها.
- ٣٣٣ • الفرع الثالث : المعاهدة الدولية- مرتبتها.
- ٣٣٣ • الفرع الرابع : المعاهدة الدولية- لاركة على دستوريته.
- ٣٣٤ • الفرع الخامس : المعاهدة الدولية- لتتخلف عنها والانسحاب منها.
- ٣٣٥ • الفرع السادس : المعاهدة الدولية- صلتها بالأعمال السياسية.
- ٣٣٦ • الفرع السابع : المعاهدة الدولية- تنفيذها.
- ٣٣٧ • الفرع الثامن : المعاهدة الدولية- وحنها وتجزئتها.
- ٣٣٨ • الفرع التاسع : المعاهدة الدولية- وحرية التعبير

٢٣٩	: حقوق غير المواطنين في حددا الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولي العام.	- المطلب الثاني
٢٤٥	: قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية في تشكيلها وبيان مضمونها.	• المبحث السابع
٢٤٦	: حق الملكية.	- المطلب الأول
٢٤٦	: مفهومها.	• الفرع الأول
٢٤٦	: جذورها.	• الفرع الثاني
٢٤٧	: أهميتها.	• الفرع الثالث
٢٤٧	: القيود عليها.	• الفرع الرابع
٢٤٩	: مناهتها الشرعية.	• الفرع الخامس
٢٥٠	: سقوط الحق فيها.	• الفرع السادس
٢٥٠	: فرض الحراسة عليها.	• الفرع السابع
٢٥٢	: حرية التملك.	- المطلب الثاني
٢٥٧	: حق الصل.	- المطلب الثالث
٢٥٧	: خصائص هذا الحق.	• الفرع الأول
٢٦٠	: الشروط الموضوعية لتحقيق في العمل.	• الفرع الثاني
٢٦١	: الآثار القانونية المترتبة على الحق في الصل.	• الفرع الثالث
٢٦٢	: العمل على الصل.	• الفرع الرابع
٢٦٢	: الحق في الأجر العادل.	• الفرع الخامس
٢٦٤	: التقيد على الحق في العمل.	• الفرع السادس
٢٦٦	: الحرية النقابية لعمال القطاع الخاص.	• الفرع السابع
٢٧١	: حق الحصول على العمل.	• الفرع الثامن
٢٧٣	: معاش العامل ليس بديلا عن أجره.	• الفرع التاسع
٢٧٤	: حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي.	• الفرع العاشر
٢٧٤	: حقيقة ونطاق حق الصل في المكسب الاشتراكية.	• الفرع الحادي عشر
٢٧٦	: قانون الأحوال الشخصية.	- المطلب الرابع
٢٧٩	: نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور.	• الفرع الأول
٢٧٩	: الفتح الاجتهاد في المسائل الشرعية الفلاحية.	• الفرع الثاني
٢٨٠	: حق ولي الأمر في الاجتهاد.	• الفرع الثالث
٢٨١	: حضنة الصغير.	• الفرع الرابع
٢٨٢	: في مسائل الولاية من النفس.	• الفرع الخامس
	• الفصل الحادي عشر •	
٢٨٤	: الرقابة القضائية على الدستورية	
٢٨٤	: القواعد الكلية التي تحكمها.	• المبحث الأول
	• الفصل الثاني عشر •	
٤٠٣	: الرقابة القضائية على الدستورية، وأشكال الصراع في الدولة	
٤٠٣	: صور الصراع على السلطة والحقوق.	• المبحث الأول

- ٤٠٨ : مزايًا تحويل النزاع السياسي إلى نزاع قانوني. • المبحث الثاني
- ٤١١ : الرافضون لطبع الحياة السياسية بالمتصور. • المبحث الثالث
- ٤١٣ : للقائون بخضوع لحياة السياسية للمتصور. • المبحث الرابع
- ٤١٥ : المزاجية بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي. • المبحث الخامس
- التحمل للصراع السياسي في مصر.
- الفصل الثالث عشر •
- ٤٢١ : الرقابة القضائية على الدستورية وعلاقتها بالديمقراطية
- ٤٢١ : السلطة المقيدة كضمان نهائي الحرية. • المبحث الأول
- ٤٢٢ : الديمقراطية إطلار عام لحقوق المواطنين وحرياتهم ووعاء للديمقراطية. • المبحث الثاني
- ٤٢٧ : انهيار مفاهيم ديموقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها. • المبحث الثالث
- ٤٢٩ : دور جهة الرقابة على الدستورية في تحقيق الديمقراطية. • المبحث الرابع
- ٤٣٤ : تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية. • المبحث الخامس
- ٤٣٩ : أثر المفاهيم للديموقراطية على المحكمة الدستورية العليا. • المبحث السادس
- الفصل الرابع عشر •
- ٤٤١ : الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها
- ٤٤١ : تنوع مصادر الشرعية الدستورية. • المبحث الأول
- ٤٤٤ : التوفيق بين مصادر الشرعية الدستورية حال تعارضها. • المبحث الثاني
- ٤٤٧ : تعاون الوثائق الدستورية لا تناقضها. • المبحث الثالث
- الفصل الخامس عشر •
- ٤٥٢ : الرقابة القضائية على الدستورية في حدودها الداخلية والخارجية
- ٤٥٢ : مناطق الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية. • المبحث الأول
- ٤٥٦ : الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية. • المبحث الثاني
- ٤٦٠ : نظرية الخطأ الظاهر. • المبحث الثالث
- الفصل السادس عشر •
- ٤٦٦ : الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين توسيعها وتضييقها
- ٤٦٦ : مضمون الحماية الحقيقية للديمقراطية. • المبحث الأول
- ٤٧٢ : المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق. • المبحث الثاني
- الفصل السابع عشر •
- ٤٧٧ : المراجعة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية
- ٤٧٧ : حظر هذه الرقابة في فرنسا. • المبحث الأول
- ٤٨٠ : الرافضون للنسب في دستورية القوانين الاستثنائية. - المطلوب الأول
- ٤٨١ : المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية. - المطلوب الثاني
- ٤٨٣ : موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية. - المطلوب الثالث

١٨٤	• الفصل الثامن عشر • الرقابة القضائية على دستورية القوانين	
١٩٣	• الفصل التاسع عشر • أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين	
١٩٧	: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا.	• المبحث الأول
١٩٧	: الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صور القانون.	- المطلب الأول
١٩٧	: الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على قوانين المصوية.	• الفرع الأول
٥٠٠	: الرقابة القضائية السابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها.	• الفرع الثاني
٥٠٤	: خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا.	• المبحث الثاني
٥١٠	: الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها.	• المبحث الثالث
٥١٣	: الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية.	• المبحث الرابع
٥٢١	: الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية.	• المبحث الخامس
٥٢٦	: الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري.	• المبحث السادس
٥٢٦	: القانون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس.	- المطلب الأول
٥٢٧	: القانون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس.	- المطلب الثاني
٥٣٠	: توجع الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية.	- المطلب الثالث
٥٣١	: ماذا كان يراد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها.	- المطلب الرابع
٥٣٧	: لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا.	• المبحث السابع
٥٤٣	• الفصل العشرون • الرقابة القضائية اللاحقة أو اللاحقة	
٥٤٩	• الفصل الحادي والعشرون • الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة	
٥٥٤	• الفصل الثاني والعشرون • الرقابة القضائية على الدستورية في مصر	
٥٧٣	• الفصل الثالث والعشرون • الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشرعية الدستورية	
٥٧٣	: فرض الديمقراطية.	• المبحث الأول
٥٧٥	: التحدي.	• المبحث الثاني
٥٧٥	: التحدي محض للديمقراطية وضرورة التكم.	- المطلب الأول
٥٧٨	: التحدي قيمة دستورية.	- المطلب الثاني
٥٨٠	: تعلق التحدي بصور نشاط الإنسان على اختلافها.	- المطلب الثالث
٥٨١	: ضرورة النزول على القيم التي تلو الدستور.	• المبحث الثالث
٥٨٦	: الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تطولان الدستور.	• المبحث الرابع
٥٨٨	: كرامة الإنسان كقيمة علوا بوصفها أصل لكل حقوقه وحياته.	• المبحث الخامس
٥٨٩	: حق الملكية كقيمة علوا.	• المبحث السادس

٥٩٠	: تقييم عام للقيم التي تطو الديمقراطية	• المبحث السابع
٥٩٦	: ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً للمستور	• المبحث الثامن
٦٠٠	: التدخل إلى حق الاقتراع	- المطلب الأول
٦٠١	: القيود على حق الاقتراع	• الفرع الأول
٦٠٢	: خصائص حق الاقتراع	• الفرع الثاني
٦٠٢	: ضوابط مباشرة حق الاقتراع	• الفرع الثالث
٦٠٤	: إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع	• الفرع الرابع
٦١٠	: ضمان مصداقية العملية الانتخابية	- المطلب الثاني
٦١٦	: الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمن حسم لحقوق المواطنين وحريلتهم	• المبحث التاسع
٦١٦	: لوائح تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها	- المطلب الأول
٦١٨	: الجيوب الكامنة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها	- المطلب الثاني
٦٢١	: امتناع تولي أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً تتلخص طبيعة عضويتهم بها وترغهم لها	• المبحث العاشر
٦٢٥	: ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية	- المطلب الأول
٦٢٧	: حدود الحصانة البرلمانية	- المطلب الثاني
٦٣٤	: حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود	• المبحث الحادي عشر
٦٣٥	: شروط جواز التفويض	- المطلب الأول
٦٣٧	: صور التفويض	- المطلب الثاني
٦٤٤	: التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية	• الفرع الأول
٦٥٢	: التفويض في غير الضرورة الاستثنائية • الفصل الرابع والعشرون ••	• الفرع الثاني
٦٥٦	: شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية	
٦٥٨	: خصائص الخصومة الدستورية	• المبحث الأول
٦٦٠	: الخصومة المختلفة بالتكبير والتواطؤ	• المبحث الثاني
٦٦٢	: الخصومة العتية	• المبحث الثالث
٦٦٨	: الخصومة القرضية أو المجردة	• المبحث الرابع
٦٧١	: الخصومة التي لم يكتل نضجها	• المبحث الخامس
٦٨١	: انتقاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية	• المبحث السادس
٦٨٥	: امتناع الفصل في خصومة لم تستكمل بيلاتها	• المبحث السابع
٦٩٠	: امتناع النظر في خصومة دستورية لم تكتل بالجهة القضائية التي تفصل فيها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها	• المبحث الثامن
٦٩٧	: طرائق رقابة على شرعية الدستورية التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية العليا	• المبحث التاسع

- **المطلب الأول** : الدعوى الأصلية بعدم الدستورية ٦٩٧
- **المطلب الثاني** : الأوامر المتعلقة بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن ٧٠٠
- **المطلب الثالث** : الأوامر الوكيفية ٧٠٥
- **المطلب الرابع** : الأحكام التتريبية ٧٠٥
- **المعتمد العاشر** : عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر المحكمة الأدنى قراراً نهائياً فيها ٧٠٩
- **المعتمد الحادي عشر** : امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر لرفعها فيها مصلحة شخصية مباشرة ٧١٣
- **المطلب الأول** : عناصر المصلحة الشخصية المباشرة ٧١٨
- **المطلب الثاني** : رابطة السببية بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائياً ٧٢٨
- **المطلب الثالث** : الدفاع عن حقوق الآخرين ٧٣٢
- **المطلب الرابع** : مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع ٧٣٩
- **المعتمد الثاني عشر** : امتناع الفصل في خصومة لا تثير مسائل دستورية ٧٤٦
- **المعتمد الثالث عشر** : امتناع مخاصمة النصوص القانونية التي أباد الطاعن من مزايهاها ٧٤٩
- **المعتمد الرابع عشر** : امتناع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها ٧٥١
- **المعتمد الخامس عشر** : امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها ٧٥٣
- **المعتمد السادس عشر** : الأسس السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا ٧٧٧
- **الفصل الخامس والعشرون**
- الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون
- **المعتمد الأول** : اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي ٧٨٩
- **المعتمد الثاني** : الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي وفق قانون المحكمة الدستورية العليا ٧٩٢
- **المطلب الأول** : للشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي ٧٩٣
- **المطلب الثاني** : للشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي ٧٩٣
- **المعتمد الثالث** : لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً ٧٩٦
- **المعتمد الرابع** : طلب التفسير التشريعي ليس بخصومة قضائية ٧٩٨
- **المعتمد الخامس** : طبيعة التفسير التشريعي وأثره ٨٠٠
- **الفصل السادس والعشرون**
- الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشؤونها الخارجية
- **المعتمد الأول** : التدخل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق ٨٠١
- **المعتمد الثاني** : يحسن أحكام المعاهدات الدولية ٨٠٥
- **المطلب الأول** : دستورية المعاهدة الدولية ٨٠٥

٨٠٧	: مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة	- المطلب الثاني
٨٠٩	: التفاوض على المعاهدة الدولية	- المطلب الثالث
٨١٠	: تفسير المعاهدة الدولية	- المطلب الرابع
٨١٥	: العلاقة بين المعاهدة والقانون	- المطلب الخامس
٨١٨	: المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني	- المطلب السادس
٨١٩	: المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال السياسية	- المطلب السابع
٨٢١	: إنهاء المعاهدة	- المطلب الثامن
٨٢٤	: المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية	- المطلب التاسع
٨٢٥	: الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها	- المطلب العاشر
٨٣١	: ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا ♦♦ الفصل السابع والعشرون ♦♦	• المبحث الثالث
٨٣٥	: حدود سمو الدستور	• المبحث الأول
٨٣٥	: تحديد الدستور	- المطلب الأول
٨٣٦	: القود المتعلقة بزمن ونوع التعديل	- المطلب الثاني
٨٣٨	: القود المتعلقة بموضوع التعديل	- المطلب الثالث
٨٣٩	: التكتيس على الدستور	• المبحث الثاني
٨٤٠	: الثورة على الدستور والثورة على الثورة ♦♦ الفصل الثامن والعشرون ♦♦	• المبحث الأول
٨٤١	: الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملة للدستور	• المبحث الثاني
٨٤١	: لشكبة الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور	
٨٤٥	: التمييز بين لقرنين المكملة للدستور والقوانين العضوية ♦♦ الفصل التاسع والعشرون ♦♦	
٨٤٩	: الرقابة على الدستورية وضمان حرية التعاقد	• المبحث الأول
٨٤٩	: حرية التعاقد بوجه عام	• المبحث الثاني
٨٥٨	: قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد *** الباب الثاني ***	
٨٧١	: الشرعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية ♦♦ الفصل الأول ♦♦	
٨٧١	: الدولة وأزماتها الخطيرة	• المبحث الأول
٨٧١	: طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	• المبحث الثاني
٨٧٦	: قصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	- المطلب الأول
٨٧٦	: كيفية إنفاذ حكمها	- المطلب الثاني
٨٧٨	: حقيقة للتدابير التي يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	
٨٨٠	: زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو للتدابير التي تتصل بها	- المطلب الثالث

٨٨٢	: دور البرلمان إنان تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	• المبحث الثالث
٨٨٥	: تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من جهة لائقها ومخاطر تطبيقها	• المبحث الرابع
٨٨٩	: نص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلتها بقوم الشريعة في مدرجها العليا • الفصل الثاني •	• المبحث الخامس
٩٠٠	السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية إنان الحكم العرفي	
٩٠٠	: عتبتها	• المبحث الأول
٩٠٥	: الحالة الطارئة من حيث مداها	• المبحث الثاني
٩٠٨	: الخطوط العريضة للحالة الطارئة	• المبحث الثالث
٩٠٨	: الأحكام العرفية في فرنسا	- المطلب الأول
٩١١	: حالة الطوارئ أو الاستعجال في مصر	- المطلب الثاني
٩١١	: أسسها من الدستور	• الفرع الأول
٩١٥	: مواجهتها بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨	• الفرع الثاني
٩١٦	: انتهاء حالة الاستعجال	• الفرع الثالث
٩١٧	: خصائص التباير التي يتغذى رئيس الجمهورية	• الفرع الرابع
٩١٩	: تقييم حالة الاستعجال	• الفرع الخامس
٩٢٦	: موقف القانون المقارن من حالة الاستعجال	• الفرع السادس
٩٢٧	: اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية بعد اعلان حالة الطوارئ	• الفرع السابع
٩٢٩	: ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام • الفصل الثالث •	• المبحث الرابع
٩٣١	: سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستورتها	
٩٣١	: خطورة الحرب والاخصاص بإعلانها	• المبحث الأول
٩٣٣	: الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة	• المبحث الثاني
٩٣٥	: الآثار التي تركتها الحرب على حقوق الأفراد	• المبحث الثالث
٩٤٤	: اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية	• المبحث الرابع
٩٤٧	: تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب	• المبحث الخامس
٩٤٩	: مظاهر استعمال سلطة الحرب	• المبحث السادس
٩٥٣	: حقوق الأقليات المحتلة والأقليات المضمومة	• المبحث السابع
٩٥٥	: بين إعلان الحرب وإبانتها	• المبحث الثامن
٩٥٨	: أموال الأعداء وغنائم الحرب	• المبحث التاسع
٩٥٩	: تقييد رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب	• المبحث العاشر
٩٦٢	: إعلان الحكم العرفي	• المبحث الحادي عشر
٩٦٣	: الاعتراض على احتجاز البدن	• المبحث الثاني عشر

- ١٦٤ • المبحث الثالث عشر : الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب
• الفصل الرابع •
- ١٧١ الرقابة القضائية على دستورية محكمة المدينين أمام المحاكم العسكرية
- ١٧٣ : الحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد في مواجهة سلطة الاتهام
- ١٨٢ • المبحث الثاني : الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية
- ١٨٥ • المبحث الثالث : قانون الأحكام العسكرية قانون خاص
- ١٨٨ • المبحث الرابع : نظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦
- ١٨٩ • المبحث الخامس : جلب المدين إلى المحاكم العسكرية
- ١٩٠ • المبحث السادس : المخاطبون بالنظم العسكرية
- ١٩٥ • المبحث السابع : غصائص النظم العسكرية وأهدافها
- ١٩٨ • المبحث الثامن : عو السلطة المدنية على السلطة العسكرية
- ١٩٩ • المبحث التاسع : للتطبيق العملي للنظم العسكرية
- ١٩٥ • المبحث العاشر : الجرائم العسكرية - ماهيتها
- ١٩٨ • المبحث الحادي عشر : العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية
- ١٩٩ • المبحث الثاني عشر : صور من التعديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية
- ٢٠٥ • المبحث الثالث عشر : تقديم قانون الأحكام العسكرية
- *** الباب الثالث ***
- ٢٠٢٩ القوانين الجنائية وصلتها بالحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية
• الفصل الأول •
- ٢٠٢٩ الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية
- ٢٠٢٩ : الضرورة الاجتماعية منوط للتجريم
- ٢٠٣٣ • المبحث الأول : تطور القوانين الجنائية
- ٢٠٣٥ • المبحث الثاني : الجزاء الجنائي - من منظور عام
- ٢٠٣٥ - المطلب الأول : مفهوم الجزاء الجنائي
- ٢٠٣٦ - المطلب الثاني : معايير سوء العقوبة
- ٢٠٣٧ - المطلب الثالث : معايير سوء العقوبة تتصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها
- ٢٠٣٩ - المطلب الرابع : صور من العقوبة القاسية
- ٢٠٤٢ • المبحث الخامس : المركز الخاص لعقوبة الإعدام
- ٢٠٤٩ : الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها
- ٢٠٥١ • المبحث السادس : معايير وضوابط الجزاء الجنائي
- ٢٠٦٠ • المبحث السابع : مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا
- ٢٠٦٧ : القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية للسياسة
- ٢٠٦٩ : تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والاجرائية
- المبحث التاسع

• الفصل الثاني •

قواعد الشرعية الجنائية

- ١٠٧٢ : لا جريمة بغير قانون
- ١٠٧٢ : المبحث الأول
- ١٠٨٩ : حظر محاكمة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة
- ١٠٩٦ : في جواز أو حظر اللجوء إلى القرائن للقانونية في المجال الجنائي
- ١١٠٣ : قرائن قانونية مخالفة للمستور، وذلك لافتراضها التصد الجنائي
- ١١٠٣ : النقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن
- ١١٠٥ : منط مملوئة الحائز للضمان الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتزويرها
- ١١٠٧ : منط مملوئة رئيس تحرير الصحيفة
- ١١١٧ : منط علم المجرر بالحد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم في شأن عين
- مؤجرة
- ١١١٨ : التمييز بين القرائن القانونية وإعمال المسؤولية الجنائية بطريق القياس
- ١١١٨ : قرائن قانونية مخالفة للمستور لغرضها على الأصل في الأشياء
- ١١١٨ : منط مملوئة من يعرض للبيع شيئا فاسداً من أغذية الإنسان
- ١١١٩ : قرائن قانونية مخالفة للمستور لتحديها على الحق في المكة
- ١١٢٤ : امتناع الإغفال بالحقوق التي كفلها الدستور للمضبوطين والمتهمين
- ١١٢٤ : ضمان الحق في الحصول على مشورة محام
- ١١٣٠ : فعالية المعونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها
- ١١٣٢ : وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه
- ١١٣٣ : نطق تطبيق ضمانات الدفاع
- ١١٣٥ : الأسماء الجوهرية لحق الدفاع
- ١١٣٦ : الإكثار المتتالية على تعويق حق الدفاع
- ١١٣٧ : حقوق المحامين في مواجهة موكلهم
- ١١٣٨ : حق الدفاع قائم في المرحلة الحرجة السابقة على الدعوى الجنائية
- ١١٣٩ : البقطة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكلهم
- ١١٤٠ : الصلة بين حق الدفاع وضمانات الحق في التقاضي
- ١١٤١ : امتناع نزول المتهم بجناية عن حق الدفاع
- ١١٤٢ : لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة
- ١١٤٣ : لا يجوز للنيابة أن تفتي عن المتهم وللمة بتعديده في دعوى التهمة
- ١١٤٥ : الحق في الكفالة في المواد الجنائية
- ١١٤٥ : مضمون هذه الكفالة وعلاؤها
- ١١٤٦ : بطلان المغالاة فيها
- ١١٤٩ : حظر حمل شخص على الشهادة بما ينهيه
- ١١٤٩ : مفهوم هذا الحظر
- المبحث الثاني •
- المبحث الثالث •
- الفرع الأول •
- الفرع الثاني •
- الفرع الثالث •
- الفرع الرابع •
- الفرع الخامس •
- الفرع السادس •
- الفرع السابع •
- الفرع الثامن •
- الفرع التاسع •
- الفرع العاشر •
- الفرع الحادي عشر •
- الفرع الثاني عشر •
- المبحث الثالث •
- المبحث الأول •
- المبحث الثاني •
- المبحث الثالث •
- المبحث الأول •

- ١١٥٠ : الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز - **المطلب الثاني**
- ١١٥١ : الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر . - **المطلب الثالث**
- ١١٥٥ : التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أقل، لا ينافض امتياز حظر الحمل - **المطلب الرابع**
على الشهادة
- ١١٥٦ : نطاق امتياز حظر الحمل على الشهادة - **المطلب الخامس**
- ١١٥٨ : صور من التحقيق لا يشملها الامتياز - **المطلب السادس**
- ١١٥٩ : التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها - **المطلب السابع**
- ١١٦٠ : مضمون الشهادة التي يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها تهرأ - **المطلب الثامن**
- ١١٦١ : حظر الحمل على الشهادة لا يقوم في المواد المدنية - **المطلب التاسع**
- ١١٦١ : أهمية الامتياز - **المطلب العاشر**
- ١١٦٢ : المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة - **المطلب الحادي عشر**
• **الفصل الرابع ••**
- ١١٦٤ : القيود التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية
- ١١٦٤ : نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور - **• المبحث الأول**
الجزاء
- **الفصل الخامس ••**
- ١١٧٨ : القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها
- ١١٧٨ : شرط الإخطار في القوانين الجنائية
- ١١٧٨ : القوانين الجنائية التي طال زمن للتخلي عنها - **• المبحث الأول**
- ١١٧٩ : القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها - **المطلب الأول**
- **الفصل السادس ••**
- ١١٨٦ : إجراءات ما قبل المحاكمة
- ١١٨٦ : تقييم عام لهذه الإجراءات - **• المبحث الأول**
- ١١٨٧ : أهمية الاجراء في المواد الجنائية بوجه عام - **المطلب الأول**
- ١١٨٩ : أهمية الاجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة - **المطلب الثاني**
- ١١٩٠ : مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة - **المطلب الثالث**
- ١١٩٤ : منخل عام للقبض والتفتيش - **• المبحث الثاني**
- ١١٩٥ : استبعاد كل دليل ينشأ من مصدر غير مشروع - **المطلب الأول**
- ١١٩٨ : شروط صحة التفتيش - **المطلب الثاني**
- ١٢٠٣ : التمييز بين القبض على الأشخاص واستيقظهم - **المطلب الثالث**
- ١٢٠٦ : الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش - **المطلب الرابع**
- ١٢٠٨ : القبض أو للتفتيش الذي يجريه شخص من أحاد الناس - **المطلب الخامس**
- ١٢٠٨ : القبض والتفتيش وفقاً للدستور مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا - **المطلب السادس**
- ١٢١٠ : إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة - **المطلب السابع**
- ١٢٢٣ : إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في التنقل - **المطلب الثامن**

١٢٢٩	: الإقناع بالآخرين	• المبحث الثالث
١٢٣٣	: إقرار المشبوهين بالجريمة	• المبحث الرابع
١٢٣٣	: طبيعة هذا الإقرار	- المطلب الأول
١٢٣٤	: بطلان كل إقرار بالجريمة بغير جبراً	- المطلب الثاني
١٢٣٥	: حضور المحامين مع المشبوهين ضرورة لا تقربط فيها	- المطلب الثالث
١٢٣٦	: تطور مفهوم الإقرار بالجريمة	- المطلب الرابع
١٢٤٠	: حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق	- المطلب الخامس
١٢٤١	: للتحقيق في مرحلة الاحتجاز	- المطلب السادس
١٢٤٣	: جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة	- المطلب السابع
١٢٤٤	: الحقوق التي لم تُلغَ نظر المشبوه إليها	- المطلب الثامن
١٢٤٥	: آثار التحصيل غير المشروع على الدليل •• الفصل السابع ••	- المطلب التاسع
١٢٤٩	المحاكمة الجنائية المنصلة	
١٢٤٩	: التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة	• المبحث الأول
١٢٥٣	: الإخراج قبل المحاكمة	• المبحث الثاني
١٢٥٩	: قرار الاتهام	• المبحث الثالث
١٢٦٣	: تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام •• الفصل الثامن ••	• المبحث الرابع
١٢٦٧	المحاكمة المنصلة	
١٢٦٧	: صورتها الإجرائية	• المبحث الأول
١٢٧٣	: الحق في محاكمة سريعة	• المبحث الثاني
١٢٨٠	: الحق في محاكمة علنية	• المبحث الثالث
١٢٨٦	: دور المحامين في الدعوى الجنائية	• المبحث الرابع
١٢٨٩	: الحق في محاكمة بتوافر لقضائها الاستقلال والحيادة للكاملان	• المبحث الخامس
١٢٩٥	: حق المواجهة	• المبحث السادس
١٣٠٤	: تشخيص الإتهام	• المبحث السابع
١٣٠٦	: الحق في بطلان الإقرار بالجريمة	• المبحث الثامن
١٣١٠	: صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي •• الفصل التاسع ••	• المبحث التاسع
١٣١٢	: ضوابط تفسير النصوص الجنائية •• الفصل العاشر ••	
١٣١٥	: الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الاتهام الجنائي •• الفصل الحادي عشر ••	
١٣٢٢	العملية القانونية المتكاملة للحق في الحياة	

** الباب الرابع **

- ١٣٢٩ القاتون أداة تنظيم الحقوق وقد يطولها
• الفصل الأول •
- ١٣٢٩ امتناع تجريم المصالح التي كلها الدستور
• الفصل الثاني •
- ١٣٣٦ للقانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحريتهم
• الفصل الثالث •
- ١٣٤٩ السلطة التشريعية بين التقدير والتقييد
- ١٣٤٩ : الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية
- ١٣٥١ : نطاق اختصاص السلطة التنفيذية
- ١٣٥٢ : نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان
• الفصل الرابع •
- ١٣٥٨ الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني
• الفصل الخامس •
- ١٣٦٤ الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحريتهم
- ١٣٦٧ : صور الاستفتاء بوجه عام
- ١٣٦٧ : صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١
- ١٣٦٩ : التمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين
- ١٣٧٠ : الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء
- ١٣٧١ : الآثار القانونية المترتبة على الاستفتاء
- ١٣٧٢ : شروط الاستفتاء
- ١٣٧٤ : في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية
• الفصل السادس •
- ١٣٧٩ الانحراف في استعمال السلطة التشريعية
- ١٣٧٩ : المفهوم العام لسوء استعمال السلطة
- ١٣٨١ : الأغراض التي يستهدفها تشريع من النصوص القانونية
- ١٣٨٢ : التمييز بين مقاصد تشريعية لا تناقض الدستور ومقاصد تشريعية تخالفه
- ١٣٨٧ : نحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة
- ١٣٨٩ : مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة
- ١٣٩٢ : فائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواعثها
- ١٣٩٥ : ضرورة التحوط في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة
- ١٣٩٧ : الطبيعة التصديعية والاحتياطية لحجب إسداء استعمال السلطة
- ١٤٠٠ : أغراض الدستور بين نعمتها وتخصيصها
- ١٤٠٣ : إشغاله بين إسداء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وبين الواقعة التي وجهتها لتنظيم موضوع محدد
- المبحث الأول •
- المطلب الأول
- المطلب الثاني
- المطلب الثالث
- المطلب الرابع
- المطلب الخامس
- المبحث الثاني •
- المبحث الثالث •
- المبحث الرابع •
- المبحث الخامس •
- المبحث السادس •
- المبحث السابع •
- المبحث الثامن •
- المبحث التاسع •
- المبحث العاشر •

- ١٤٠٥ • المبحث الأحادي محظر : خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية
- ١٤٠٨ • المبحث الثاني محظر : إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد
- ١٤١٠ • المبحث الثالث محظر : إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية
- ١٤١٣ • المبحث الرابع محظر : الأهمية الحقيقية لحجب إساءة استعمال السلطة
• الفصل السابع •
- ١٤١٦ الرقابة الدستورية على إخلال المشرع بتنظيم الجوانب الكاملة
لحقوق المواطنين وحرياتهم

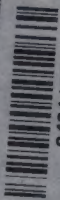
رقم الايداع : ٢٠٠٣/٩٥٦٦

الترقيم الدولي: 977-03-1176-6

CENTRE RENÉ-JEAN DUPUY POUR LE DROIT ET LE DÉVELOPPEMENT

LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONALITÉ DANS SES ASPECTS FONDAMENTAUX

Bibliotheca Alexandrina



0431197



Le Conseiller Dr.

AMAR EL-MORR

Ancien Président de la
Haute Cour Constitutionnelle